

200806537/1/V6 en

200806646/1/V6.

Datum uitspraak: 31 maart 2010

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Verwijzingsuitspraak op de hoger beroepen van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
, gevestigd te

appellante,

tegen de uitspraken van de rechtbank Maastricht van 15 juli 2008 in zaken
nrs. 07/1752 en 07/1753 in de gedingen tussen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij onderscheiden besluiten van 13 december 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de staatssecretaris) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: de vennootschap) boetes van € 56.000,00 en € 64.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluiten van 12 september 2007 en 19 september 2007 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) de daartegen door de vennootschap gemaakte bezwaren ongegrond verklaard. Deze besluiten zijn aangehecht.

Bij onderscheiden uitspraken van 15 juli 2008, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank Maastricht (hierna: de rechtbank) de daartegen door de vennootschap ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze uitspraken zijn aangehecht.

Tegen deze uitspraken heeft de vennootschap bij onderscheiden brieven, bij de Raad van State ingekomen op 25 augustus 2008, hoger beroep ingesteld. Deze brieven zijn aangehecht.

De minister heeft verweerschriften ingediend.

De Afdeling heeft de zaken ter zitting behandeld op 11 november 2009, waar de vennootschap, vertegenwoordigd door mr. A.J.T.J. Meuwissen, advocaat te Maasbracht, vergezeld door , hoofd productie van de vennootschap, en de minister, vertegenwoordigd door mr. H.A.W. Stiekema, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Bij brieven van 4 maart 2010 heeft de Afdeling partijen medegedeeld dat het onderzoek is heropend en dat zij voornemens is het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op een voor te leggen vraag. De tekst van deze vraag was in concept bijgevoegd.

Bij brief van 18 maart 2010 heeft de vennootschap een reactie gegeven.

2. Overwegingen

2.1. 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 49, eerste alinea, thans, na wijziging, artikel 56, eerste alinea, van het VWEU, zijn in het kader van de daarop volgende bepalingen 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, thans, na wijziging, artikel 57, laatste alinea, van het VWEU, 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 (hierna: de Detacheringsrichtlijn) tussen, voor zover thans van belang, Polen en Nederland, artikel 39 en de eerste alinea van artikel 49 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 en de eerste alinea van artikel 56, 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 Polen, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Poolse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage XII 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 mei 2007 gehandhaafd (Kamerstukken II 2003/04, 29 407, nr. 1 e.v.). In Bijlage XII is tussen Polen en Nederland geen overgangsregeling getroffen voor het vrij verkeer van diensten.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, van de Detacheringsrichtlijn is de richtlijn van toepassing op in een Lid-Staat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen, overeenkomstig lid 3, werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een andere Lid-Staat.

Ingevolge het derde lid is de richtlijn van toepassing voor zover de in lid 1 bedoelde ondernemingen een van de volgende transnationale maatregelen nemen:

- a) een werknemer voor hun rekening en onder hun leiding op het grondgebied van een andere Lid-Staat ter beschikking stellen, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze Lid-Staat werkzaam is, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat, of
- b) een werknemer op het grondgebied van een andere Lid-Staat ter

beschikking stellen van een vestiging of een tot hetzelfde concern behorende onderneming, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat, of
c) als uitzendbedrijf of als onderneming van herkomst, een werknemer ter beschikking stellen van een ontvangende onderneming die op het grondgebied van een andere Lid-Staat gevestigd is of er werkzaamheden uitvoert, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen het uitzendbureau of de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, wordt voor de toepassing van deze richtlijn onder "ter beschikking gestelde werknemer" verstaan, iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt op het grondgebied van een Lid-Staat die niet de Staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt.

2.1.1. 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, onderdeel b, onder 1^o van de Wav, wordt onder werkgever verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge het tweede lid is het verbod, bedoeld in het eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie tevens een ander als werkgever optreedt, indien die ander beschikt over een voor de desbetreffende arbeid geldige tewerkstellingsvergunning.

Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) is diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever en is deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is voor het feitelijk werkgeverschap niet relevant. Het feit dat in opdracht of ten dienste van een ander arbeid wordt verricht is daarvoor reeds voldoende (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz. 2).

Aldus kunnen ingevolge artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1^o, van de Wav verschillende werkgevers dezelfde vreemdeling arbeid laten verrichten en kan aan elk van hen ingevolge artikel 2, in samenhang met de hierna vermelde artikelen 18 en 19a, eerste lid, van de Wav een boete worden opgelegd, indien geen van hen over een tewerkstellingsvergunning beschikt.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wav 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 mogelijkheden dan wel bij een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, aanhef en onder c, voor zover thans van belang, is voormeld verbod niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie.

Ingevolge artikel 4, eerste lid, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, evenmin van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die beschikt over een krachtens de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) afgegeven vergunning, welke is voorzien van een aantekening waaruit blijkt dat aan die vergunning geen beperkingen zijn verbonden voor het verrichten van arbeid.

Ingevolge artikel 6, eerste lid, wordt een tewerkstellingsvergunning aangevraagd door de werkgever.

Ingevolge artikel 8, eerste lid, voor zover thans van belang, wordt een tewerkstellingsvergunning geweigerd indien:

- a. voor de desbetreffende arbeidsplaats prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt beschikbaar is;
- b. het een arbeidsplaats betreft waarvan de beschikbaarheid niet ten minste vijf weken vóór het indienen van de aanvraag aan de Centrale organisatie werk en inkomen (hierna: de CWI) is gemeld;
- d. het een niet eerder toegelaten vreemdeling betreft, die met de desbetreffende arbeid over een periode van een maand niet ten minste een bedrag verdient gelijk aan het minimumloon, bedoeld in artikel 8, onder a, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

Ingevolge artikel 18, eerste lid, voor zover thans van belang, wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, als beboetbaar feit aangemerkt.

Ingevolge artikel 18b, eerste lid, van de Wav, maakt de toezichthouder, indien hij vaststelt dat een beboetbaar feit is begaan, daarvan zo spoedig mogelijk een rapport op.

Ingevolge het derde lid is, indien de toezichthouder, bedoeld in het eerste lid, jegens de bij een beboetbaar feit betrokken persoon een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat jegens hem wegens het begaan van het beboetbare feit een rapport als bedoeld in het eerste lid zal worden opgemaakt, die persoon niet langer verplicht ter zake enige verklaring af te leggen. De in de eerste volzin bedoelde persoon wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

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 het tweede lid gelden de ter zake van deze wet gestelde beboetbare feiten, ten opzichte van elke persoon, met of ten aanzien van wie een beboetbaar feit is begaan.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, 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 € 45.000,00.

Ingevolge het derde lid stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Ingevolge artikel 19e, derde lid, wordt de beschikking gegeven binnen dertien weken na dagtekening van het rapport, bedoeld in artikel 18b.

Ingevolge artikel 19f, eerste lid, vervalt de bevoegdheid om een boete op te leggen na verloop van twee jaren na de dag waarop het beboetbare feit is geconstateerd.

Ingevolge artikel 8, aanhef en onder e, van de Vw 2000 heeft de vreemdeling in Nederland uitsluitend rechtmatig verblijf als gemeenschapsonderdaan zolang deze onderdaan verblijf houdt op grond van een regeling krachtens het EG-Verdrag dan wel de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.

Bij besluit van 10 november 2005 is per 1 december 2005 op basis van artikel 3, eerste lid, onder c, van de Wav het Besluit uitvoering Wav (hierna: het Besluit) gewijzigd.

Ingevolge artikel 1e, eerste lid, van het Besluit, 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 Lid-Staat 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 CWI 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.

2.1.2. In de nota van toelichting bij het Besluit van 10 november 2005 tot wijziging van het Besluit en van het Vreemdelingenbesluit 2000 (hierna: het Vb 2000) is ten aanzien van artikel 1e van het Besluit, voor zover thans van belang, het volgende vermeld:

"1. Algemeen

Dit besluit bevat een nadere regeling ten aanzien van het werken door vreemdelingen in Nederland, voor zover het tijdelijke arbeid betreft welke strekt ter uitvoering van een contract tot dienstverlening, gesloten met een dienstverlener welke is gevestigd buiten Nederland, in enige lidstaat van de Europese Unie of een andere staat ten aanzien waarvan Nederland verplichtingen heeft aangegaan inzake vrij dienstenverkeer. Op grond van artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) heeft een werkgever die een vreemdeling in Nederland arbeid doet verrichten in het algemeen een tewerkstellingsvergunning alvorens die arbeid is toegestaan. Voor de afgifte van die vergunningen gelden een aantal criteria, als neergelegd in de artt. 8 en 9 van de Wav, welke bescherming van de

Nederlandse arbeidsmarkt ten doel hebben. Op grond van de Wav, en het op die wet gebaseerde Besluit uitvoering Wav, geldt een aantal vrijstellingen met betrekking tot deze vergunningplicht, o.m. uit hoofde van internationaal-rechtelijke verplichtingen (b.v. ten aanzien van EU-onderdanen waarvoor het vrije werknemersverkeer geldt) en voor gevallen van incidentele arbeid, waarbij de arbeidsmarktbescherming minder nodig is. Door dit besluit wordt een additionele vrijstelling in het leven geroepen. Doelstelling is hierbij om, met inachtneming van de Europeesrechtelijke randvoorwaarden, de belemmeringen voor het dienstenverkeer binnen de Europese markt tot een minimum te beperken, zonder dat dit misbruik of oneigenlijk gebruik van de regeling mogelijk maakt.

2. Europeesrechtelijke randvoorwaarden

(...) Een bijzondere situatie ontstaat in geval een in enig EU-land gevestigde onderneming in een ander EU-land activiteiten ontplooit ten aanzien waarvan de vrijheid van dienstverlening geldt, doch daarbij gebruik wenst te maken van werknemers voor wie het vrij werknemersverkeer nog niet geldt (niet-EU-burgers, of EU-burgers welke de nationaliteit hebben van een land waarvoor, krachtens het bij de Toetredingsakte overeengekomen overgangsrecht, het vrij werknemersverkeer nog niet geldt).

Deze situatie wordt ingekaderd door een aantal uitspraken van het Hof van Justitie EG. In het bijzonder zij verwezen naar de uitspraken van het Hof van Justitie EG van 27 maart 1990 (zaak C-133/89, Rush Portuguesa, 9 augustus 1994 (zaak C-43/93, Vander Elst) en 21 oktober 2004 (zaak C-445/03, Cie/Luxemburg). Op grond van deze uitspraken dient het als een met het gemeenschapsrecht strijdige beperking van het vrij dienstenverkeer te worden beschouwd indien een lidstaat het verrichten van diensten vanuit een andere lidstaat, onder gebruikmaking van vast in dienst zijnde werknemers waarvoor het vrij verkeer van werknemers nog niet geldt, afhankelijk stelt van de eis van een werkvergunning, waarbij die vergunning niet wordt verleend indien op de binnenlandse arbeidsmarkt voldoende arbeidsaanbod voor de te verrichten arbeid aanwezig is. Een uitzondering geldt hierbij evenwel voor dienstverlening welke enkel bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, aangezien dergelijke dienstverlening juist ten doel heeft werknemers toegang te verschaffen tot de arbeidsmarkt van de ontvangende staat. (...)

5. Inhoud van de vrijstellingsregeling

Het besluit houdt in dat een grensoverschrijdende dienstverlener die zijn diensten verleent met gebruikmaking van werknemers waarvoor het vrije werknemersverkeer niet geldt wordt vrijgesteld van de thans geldende vergunningseis.

(...)

d. De vrijstellingsregeling geldt niet voor dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. In het kader van dit besluit wordt met het begrip ter beschikking stellen verwezen naar de feitelijke omstandigheden waaronder de arbeidskrachten worden tewerkgesteld. Het gaat om de situatie waarin een onderneming aan een andere onderneming personeel verschaft teneinde onder gezag van laatstgenoemde onderneming werkzaamheden te verrichten. Niet van

belang is hoe de buiten Nederland gevestigde werkgever en de derde in Nederland aan wie de arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld de arbeidsrelatie aanduiden. In de praktijk worden termen gebruikt als arbeidspooling, detachering, outsourcing, bodyshopping, uitlenen, uitzenden en ter beschikking stellen. In het kader van dit besluit is het begrip ter beschikking stellen ook niet beperkt tot het tot stand brengen van arbeidsverhoudingen die naar Nederlands recht kunnen worden gekarakteriseerd als uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek; ook uitzendrelaties welke tot stand worden gebracht door een onderneming waarvoor het ter beschikking stellen van personeel niet de primaire bedrijfsactiviteit is, moeten onder omstandigheden beschouwd worden als ter beschikking stellen in de zin van dit besluit, b.v. de intraconcernuitzending of de collegiale uitleen. Europeesrechtelijk gaat het om de terbeschikkingstellingsituaties als bedoeld in artikel 1, derde lid, onder b en c, van Richtlijn 96/71 EG (de zgn. detacheringsrichtlijn). Veelal zal de rechtsverhouding tussen de buitenlandse onderneming en de Nederlandse onderneming naar Nederlands recht gekarakteriseerd moeten worden als een overeenkomst van opdracht, als bedoeld in artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek, maar dit zal niet altijd het geval zijn. Ook de ter beschikking stelling om niet en, onder omstandigheden, de als aanneemovereenkomst geconstrueerde overeenkomst kunnen, afhankelijk van de inhoud van het contract en de feitelijke uitvoering daarvan, ter beschikking stelling in de zin van dit besluit opleveren. Bepalend is slechts of de inlener feitelijk, krachtens het contract, zo nodig aangevuld met aanwijzingen over de uitvoering van het contract, bepaalt of kan bepalen welke arbeid door de arbeidskrachten wordt verricht, en de omstandigheden waaronder dit plaatsvindt.

Over de vraag, wanneer sprake is van het ter beschikking stellen van personeel, kan ten slotte nog het volgende worden opgemerkt. Indien uit het contract met de opdrachtgever voortvloeit dat een dienst zal worden verricht onder gebruikmaking van op eigen risico door de dienstverlener aangeschafte bedrijfsmiddelen en aangeschafte materialen, en de dienstverlener die bedrijfsmiddelen laat bedienen en de materialen laat verwerken door eigen werknemers, is de vrijstellingregeling van toepassing, tenzij de beschikbaarstelling van de bedrijfsmiddelen en materialen slechts een ondergeschikt onderdeel vormt van de overeengekomen dienstverrichting, en de beschikbaarstelling van personeel aan de inlener overheerst.”.

Ingevolge het met ingang van 1 november 2006 ingevoerde artikel 1f van het Besluit, is het verbod bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die in Nederland wordt tewerkgesteld als stagiair en rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8, onder e, van de Vw 2000, dan wel die beschikt over een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd voor studie als bedoeld in artikel 3.4, eerste lid, onder n, van het Vb 2000.

Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1f van het Besluit (nota van toelichting, blz. 4; Stb. 2006, 521) is in dit artikel een vrijstelling opgenomen van de tewerkstellingsvergunningsplicht voor buitenlandse studenten, die aan een Nederlandse onderwijsinstelling studeren. Deze studenten ondervinden bij het volgen van een voor die studie

noodzakelijke stage belemmeringen. De verplichting om over een tewerkstellingsvergunning te beschikken is - ook al wordt de vergunning zonder arbeidsmarkttoets afgegeven - een dergelijke belemmering, waarvan het wenselijk is dat deze wordt afgeschaft. Voorwaarde is wel dat de werkgever beschikt over een stage-overeenkomst met de desbetreffende student en onderwijsinstelling. De verwijzing naar gemeenschapsonderdanen (artikel 8, onder e, van de Vw 2000) heeft betrekking op onderdanen van EU-lidstaten waarvoor nog geen vrij verkeer van werknemers van toepassing is.

Volgens paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels Wav behorende bij het Delegatie- en uitvoeringsbesluit Wav (hierna: de Uitvoeringsregels) kan voor vreemdelingen die arbeid verrichten die noodzakelijk is ter voltooiing van hun opleiding, voor maximaal een jaar een tewerkstellingsvergunning worden verleend zonder toepassing van artikel 8, eerste lid, aanhef en onder a, b en d, van de Wav.

Volgens paragraaf 25 kan voor vreemdelingen die naar Nederland komen om werkervaring op te doen, die voor hun toekomstig functioneren in hun herkomstland van belang is, een tewerkstellingsvergunning worden verleend voor in de regel maximaal 24 weken zonder toepassing van artikel 8, eerste lid, aanhef en onder a en b, van de Wav. Voorwaarde voor toepassing van deze uitzonderingsmogelijkheid is dat deze praktikanten reeds een voldoende vakgerichte basisopleiding hebben gevolgd en op basis van een overeenkomst tussen een in het buitenland gevestigde onderneming en een in Nederland gevestigde onderneming in de laatstgenoemde bij wijze van onderricht bedrijfservaring opdoen. Bij de aanvraag dient het leerplan te zijn bijgevoegd, alsmede een verklaring van de Nederlandse werkgever inhoudende dat de praktikant geen reguliere arbeidsplaats inneemt en een verklaring van de buitenlandse werkgever dat hij de praktikant na ommekomst van de praktijkperiode weer daadwerkelijk in dienst zal nemen. Het aantal praktikanten staat in een redelijke verhouding tot het aantal werknemers dat bij een werkgever werkzaam is.

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 deze beleidsregels is gevoegd.

Volgens artikel 4 bestaat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, ingeval er sprake is van meer beboetbare feiten, uit de som van de per beboetbaar feit berekende boetebedragen.

Volgens artikel 7 zal, bij een gedraging in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav waarbij sprake is van tewerkstelling van een vreemdeling in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening als bedoeld in artikel 1e van het Besluit en waarbij de betrokken dienstverlener binnen twee weken na de constatering van het beboetbare feit alsnog volledig melding doet van de desbetreffende arbeid, de boete worden gematigd tot € 1.500,00 voor het totaal van deze beboetbare feiten.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, gesteld op € 8.000,00 per persoon per beboetbaar feit.

Feiten

2.2. De vennootschap staat in het handelsregister ingeschreven als een groothandel in levensmiddelen en genotsartikelen, in daartoe benodigde dan wel daarvan afgeleide heel- en halfproducten en is gespecialiseerd in het verwerken van wild- en konijnenproducten.

De op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (hierna: de inspecteurs) opgemaakte boeterapporten van 19 september 2006 (hierna: de boeterapporten) houden in dat de vennootschap te een productiehal voor de verwerking van vlees exploiteert. Bij een controle op 15 november 2005 zijn acht vreemdelingen van Poolse nationaliteit samen met vier personen van Nederlandse nationaliteit aangetroffen. Zij verrichtten allen als productiemedewerker arbeid bestaande uit het verwerken, snijden en inpakken van vlees. De vreemdelingen van Poolse nationaliteit droegen een lange witte jas, een trui en laarzen. De meesten van hen droegen over hun jas nog blauwe plastic beschermende mouwen en sommigen droegen een blauw hoofdkapje. In de productiehal werd een twaalfstal vleesverpakkingsmachines aangetroffen die alle in bedrijf bleken te zijn. Op dan wel nabij de machines lagen partijen vlees ter verdere bewerking. De productiechef verklaarde dat alle aangetroffen productiemedewerkers zich bezighielden met het verwerken, snijden en inpakken van vlees. Voor deze vreemdelingen zijn geen tewerkstellingsvergunningen afgegeven.

Bij een controle op 21 december 2005 zijn in de productiehal van de vennootschap samen met vier personen van Nederlandse nationaliteit zeven vreemdelingen van Poolse nationaliteit (hierna tezamen met de vreemdelingen die tijdens de controle van 15 november 2005 zijn aangetroffen: de vreemdelingen) achter diverse vleesverpakkingsmachines aangetroffen, waar zij allen bezig waren met het wegen en inpakken van vlees. Voor deze vreemdelingen zijn geen tewerkstellingsvergunningen afgegeven.

De vreemdelingen bleken in dienst te zijn bij de onderneming , gevestigd te , Polen (hierna:). Zij kregen hun loon rechtstreeks door deze onderneming in Polen uitbetaald. De directie van de vennootschap is tevens de directie van . Door de vennootschap is een Studie Training Overeenkomst van 24 mei 2005 overgelegd, die is opgemaakt tussen de vennootschap en en voor beide ondertekend door , directeur.

De Studie Training Overeenkomst houdt in dat elke zes tot acht weken groepen bestaande uit acht personen naar de vennootschap zal sturen voor opleiding door de vennootschap. dient de personen voor de opleiding te selecteren. De groep dient een goed gemiddeld niveau te hebben. dient te zorgen voor huisvesting te .

factureert de vennootschap voor de werkuren tegen een vergoeding van € 17,00 per uur. De facturering volgt na elke periode.

betaalt voor de lokale behoeften van de mensen en declareert deze kosten bij . Afgezien van het praktische werk heeft een groep drie tot vier uur per week theorieles. De opleidingsperiode duurt zes tot acht weken, waarvan

schriftelijke verslagen worden gemaakt. Indien de Nederlandse autoriteiten om een E101-verklaring vragen, zal deze onmiddellijk verschaffen. is verantwoordelijk voor kosten en boetes en dergelijke gedurende de opleiding.

De vreemdeling heeft verklaard sedert 1 november 2004 vleesverwerkende werkzaamheden te hebben verricht voor . Zij heeft voorts verklaard bij de vennootschap stage te lopen sinds 17 oktober 2005. Zij krijgt scholing in machinaal vleesverwerken, omdat in de toekomst de machines naar Polen zullen worden gebracht. Zij heeft geen stageboek, krijgt geen cijfers of beoordeling, geen theorielessen, stagetoeslag of diploma. Zij leert alles op de werkvloer en weet niet wanneer de stageperiode afloopt. Zij verblijft in een hotel te . Dit is door geregeld.

De vreemdeling heeft verklaard op 16 oktober 2005 naar Nederland te zijn gekomen voor scholing in de verpakking en verwerking van vlees. Zij is in dienst van en ontvangt van dit bedrijf haar loon. Zij werkt acht uur per dag, vijf dagen per week bij de vennootschap. Als zij klaar is met de scholing gaat zij terug naar Polen. Zij wordt aangestuurd door medewerkers van de vennootschap. Zij krijgt geen specifieke stageopdrachten, maar doet wat men haar vraagt. Zij heeft geen stageboek. Zij heeft de theorie in Polen geleerd en leert de praktijk bij de vennootschap omdat daar meer ervaring aanwezig is: zij doet hetzelfde werk als in Polen, maar wordt in Nederland beter begeleid. Er wordt geen evaluatieformulier opgemaakt en zij weet niet hoe een en ander wordt bijgehouden met betrekking tot haar stage. Zij krijgt geen extra vergoeding en weet niet of zij een diploma krijgt.

De vreemdeling heeft verklaard sinds 17 oktober 2005 te werken bij de vennootschap. Zij is hier om het bedienen van machines te leren. Het is de bedoeling dat de productie in de loop van 2006 naar Polen wordt verplaatst en dat zij dan de machines kan bedienen. Als zij haar werk niet goed doet wordt zij daarop aangesproken, maar zij weet niet of er stagerapportages worden opgesteld. Zij heeft in Polen een opleiding gevolgd voor het maken van vlees en worst en is in Polen al zestien jaar werkzaam in de vleesverwerking, waarvan de laatste drie jaar bij . Zij kan straks in Polen mensen begeleiden. Zij heeft geen overeenkomst getekend om in Nederland te werken. De kosten voor het verblijf in het hotel worden door de vennootschap betaald. Haar loon ontvangt zij in Polen.

2.2.1. De vennootschap heeft voor de vreemdelingen geen tewerkstellingsvergunningen aangevraagd. Evenmin is de arbeid van de vreemdelingen gemeld in de zin van artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder b, van het Besluit. Ten aanzien van zijn afzonderlijke boeterapporten opgemaakt.

Besluiten

2.3. Bij onderscheiden besluiten van 13 december 2006 heeft de staatssecretaris aan de vennootschap boetes opgelegd van € 56.000,00 en € 64.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Aan

deze besluiten heeft de staatssecretaris ten grondslag gelegd dat, voor zover thans van belang, de vennootschap de vreemdelingen in Nederland arbeid heeft laten verrichten zonder tewerkstellingvergunningen, terwijl die waren vereist, en voorts niet is gebleken dat de geconstateerde overtredingen de vennootschap niet aan te rekenen zouden zijn.

2.4. Bij besluiten van 12 en 19 september 2007 heeft de minister de daartegen door de vennootschap gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

In die besluiten heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat, voor zover thans van belang, gelet op het ruime werkgeversbegrip van artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van de Wav, de vennootschap de feitelijk werkgever van de vreemdelingen is en de formele werkgever. Voorts valt volgens de minister ook arbeid verricht in het kader van een stage onder vergunningplichtige arbeid. Volgens paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels is dan ook voor een stagiaire een tewerkstellingsvergunning vereist. Voorts is voor toepassing van artikel 1f, van het Besluit vereist dat de werkgever beschikt over een stageovereenkomst met de desbetreffende student en een Nederlandse onderwijsinstelling, waarvan in dit geval geen sprake is. Voorts heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat gelet op de feiten en omstandigheden van dit geval geen sprake is van grensoverschrijdende dienstverrichting waarvoor geen tewerkstellingsvergunning is vereist, maar van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Dit vloeit volgens de minister voort uit de omstandigheid dat de vreemdelingen werkinstructies en opdrachten kregen van de vennootschap, zodat zij onder toezicht en leiding van de vennootschap stonden, en de werkzaamheden zijn verricht met materialen van de vennootschap. Daarmee is de uitzondering van artikel 1e, eerste lid, van het Besluit evenmin van toepassing.

Aangevallen uitspraken

2.5. In de uitspraken van 15 juli 2008 heeft de rechtbank overwogen dat voldoende aannemelijk is geworden dat de vennootschap zeven, onderscheidenlijk acht vreemdelingen arbeid heeft laten verrichten bestaande uit het verwerken, snijden dan wel inpakken van vlees. Ook indien de vreemdelingen stage liepen bij de vennootschap diende zij over tewerkstellingsvergunningen te beschikken. Voorts heeft de rechtbank, onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof) van 27 maart 1990 in zaak nr. C-113/89 (Rush Portuguesa; www.eur-lex.europa.eu), overwogen dat onder bepaalde omstandigheden beperkingen, zoals het eisen van een tewerkstellingsvergunning, op het vrij verkeer van diensten mogen worden toegepast. Volgens de rechtbank heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat sprake is van dienstverrichting slechts bestaande uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De minister heeft terecht geconcludeerd dat de vennootschap in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft gehandeld, zodat de minister bevoegd was een boete op te leggen, aldus de rechtbank.

Beoordeling

2.6. De vennootschap betoogt dat de boeterapporten en de verslagen van de getuigenverhoren onvolledig dan wel onjuist zijn. De boeterapporten geven geen uitsluitel over de vraag of de inspecteurs arbeid hebben zien verrichten en zo ja, door welke personen, aldus de vennootschap.

2.6.1. Vaste rechtspraak van de Afdeling (uitspraak van 28 oktober 2009 in zaak nr. 200807424/1/V6; www.raadvanstate.nl) is dat in beginsel van de juistheid van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt en ondertekend boeterapport dient te worden uitgegaan. Dat is slechts anders, indien sprake is van bijzondere omstandigheden die nopen tot afwijking van dit uitgangspunt. De enkele stelling dat uit de boeterapporten niet blijkt of de inspecteurs arbeid hebben waargenomen en door wie deze werd verricht, kan niet als een bijzondere omstandigheid worden aangemerkt, reeds omdat uit de boeterapporten duidelijk blijkt uit welke feiten en omstandigheden de inspecteurs hebben opgemaakt dat de vreemdelingen arbeid hebben verricht. Voorts is door de vennootschap niet ontkend dat de vreemdelingen de in de boeterapporten vermelde werkzaamheden hebben verricht.

2.7. Voorts betoogt de vennootschap dat de verklaringen van de vreemdelingen niet als bewijs kunnen worden toegelaten, nu hun niet de cautie is gegeven.

2.7.1. Zoals volgt uit hetgeen de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 12 maart 2008 in zaak nr. 200704963/1; www.raadvanstate.nl) is gelet op artikel 18b van de Wav het geven van de cautie niet vereist indien de vreemdelingen, zoals hier, slechts als getuigen zijn gehoord. Nu de vreemdelingen niet kenbaar hebben gemaakt dat hun verklaringen onjuist zijn weergegeven, heeft de rechtbank terecht geconcludeerd dat deze verklaringen aan de boetes ten grondslag konden worden gelegd.

2.8. De vennootschap betoogt tevergeefs dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de omstandigheid dat de termijn, genoemd in artikel 19e, derde lid, is overschreden, niet tot de conclusie leidt dat niet langer een boete kon worden opgelegd. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 19e, derde lid, en 19f van de Wav (Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 18), blijkt dat die termijn een termijn van orde is, aan de overschrijding waarvan geen gevolgen zijn verbonden. Voorts heeft de rechtbank terecht overwogen dat niet is gebleken dat de vennootschap door deze overschrijding in haar belangen is geschaad. Gelet op hetgeen in 2.6.1. is overwogen kan de vennootschap niet worden gevolgd in haar betoog dat wegens tijdsverloop fouten zijn opgetreden in de boeterapporten.

2.9. Voorts kan het betoog dat de minister in strijd heeft gehandeld met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) door niet te reageren op het verzoek van de vennootschap de vragen die de minister haar tijdens een verhoor had willen stellen schriftelijk toe te

zenden niet slagen, omdat er geen wettelijk voorschrift bestaat op grond waarvan de minister hiertoe zou zijn gehouden. Ook is niet aannemelijk gemaakt dat dit om een andere reden diende te geschieden. Evenmin is sprake van de door de vennootschap aangevoerde strijd met de artikelen 3:9 en 3:49 van de Awb, omdat deze zien op de hier niet aan de orde zijnde situatie dat door een bestuursorgaan om advies is gevraagd. Het boeterapport kan niet worden aangemerkt als een door een adviseur in de zin van artikel 3:5 van de Awb uitgebracht advies.

2.10. De vennootschap heeft verder betoogd dat door Nederland bij de ondertekening van de Toetredingsakte met Polen geen voorbehouden zijn gemaakt bij het vrij verkeer van werknemers, goederen en diensten. Volgens de vennootschap is het in strijd met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel dat de Nederlandse regering er voor heeft gekozen om na de ondertekening alsnog beperkingen op te werpen.

Zoals uit het in 2.1. weergegeven wettelijk kader blijkt is ingevolge punt 1 van Bijlage XII het vrij verkeer van werknemers slechts volledig van toepassing onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14. Uit punt 2 volgt dat de huidige lidstaten nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen zullen toepassen om de toegang van Poolse werknemers tot hun arbeidsmarkten te regelen. De mogelijkheid om beperkingen op te nemen vloeit derhalve voort uit de Bijlage. Van strijd met het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel is dan ook geen sprake.

2.11. Voorts betoogt de vennootschap dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat sprake was van grensoverschrijdende dienstverrichting die slechts bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Hiertoe voert zij aan dat _____ een dochteronderneming van de vennootschap is. De vreemdelingen waren aanwezig in het kader van een intercompany stagetraject, waarvan een schriftelijke overeenkomst tussen beide ondernemingen van 24 mei 2005 is overgelegd. De regeling kwam, zoals ter zitting bij de Afdeling is uiteengezet, neer op een wederzijdse dienstverlening tussen _____ en de vennootschap, waarbij gebruik werd gemaakt van de machines van de vennootschap en deze kennis overdroeg, terwijl door _____ personeel werd geleverd om kennis en werkervaring op te doen. De vreemdelingen zijn volgens de vennootschap nooit toegetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt. Zij verbleven feitelijk slechts een bepaalde, korte tijd, namelijk tien tot twaalf weken, in Nederland, waren in dienst van _____, oefenden hun hoofdactiviteit uit in Polen en zouden na de dienstverrichting weer terugkeren naar Polen. Het stellen van de tewerkstellingsvergunningseis is volgens de vennootschap in strijd met artikel 49 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 56 van het VWEU.

2.11.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 30 januari 2008 in zaak nr. 200702763/1; www.raadvanstate.nl) leidt de Afdeling uit voormeld arrest Rush Portuguesa alsmede uit de arresten van het Hof van 9 augustus 1994, in zaak nr. C-43/93 (Vander Elst; www.eur-lex.europa.eu), 21 oktober 2004 in zaak nr. C-445/03 (Commissie tegen Luxemburg), 19 januari 2006 in zaak nr. C-244/04 (Commissie tegen

Duitsland) en van 21 september 2006 in zaak nr. C-168/04 (Commissie tegen Oostenrijk; www.curia.europa.eu) af, dat het beperken van de vrijheid van dienstverrichting door middel van nationale maatregelen gerechtvaardigd kan zijn, in de situatie waarin met de terbeschikkingstelling wordt beoogd de betrokken werknemer, anders dan tijdelijk voor zover nodig voor de terbeschikkingstelling, te laten toetreden tot de arbeidsmarkt van de Lid-Staat van tewerkstelling dan wel de beperkingen met betrekking tot het vrije verkeer van werknemers te omzeilen. De Afdeling leidt uit genoemde rechtspraak eveneens af dat die situatie zich in het algemeen niet voordoet, indien een dienstbetrekking bestaat tussen de terbeschikkinggestelde werknemer en de dienstverrichter, die werknemer zijn hoofdactiviteit in de Lid-Staat van herkomst uitoefent en hij na de dienstverrichting naar die Lid-Staat terugkeert.

De Afdeling heeft evenzeer eerder overwogen (onder meer de uitspraak van 5 maart 2008 in zaak nr. 200704304/1; www.raadvanstate.nl) dat uit voormelde rechtspraak van het Hof volgt dat een beperking van de vrijheid van dienstverrichting moet worden gerechtvaardigd door de bescherming van een algemeen belang en proportioneel moet zijn en dat nationale maatregelen - zoals de eis van een tewerkstellingsvergunning - ter controle of het vrij verkeer van diensten niet wordt gebruikt voor een ander doel dan de betrokken dienst zelf - zoals de omzeiling van de beperkingen op het vrij verkeer van werknemers - in ieder geval niet tot gevolg mogen hebben dat het vrij verkeer van diensten illusoir wordt. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat volgens het Hof de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting niet aan de beoordelingsvrijheid van de administratie onderworpen mag zijn.

2.11.2. Niet in geschil is dat de vennootschap geen beroep doet op artikel 1f van het Besluit, omdat geen sprake is van een stage-overeenkomst met een Nederlandse onderwijsinstelling.

Voorts is niet in geschil en staat ook voor de Afdeling vast dat het tijdelijk ter beschikking stellen van arbeidskrachten valt onder het begrip 'verrichten van diensten' in artikel 49 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 56 van het VWEU en dat de eis van een tewerkstellingsvergunning voor dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten een beperking van de vrijheid van dienstverrichting oplevert.

Uit de toelichting bij het Besluit, als in 2.1.2. weergegeven volgt dat artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit in het bijzonder strekt tot bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt en dat het betrekking heeft op terbeschikkingstellingssituaties als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b en c, van de Detacheringsrichtlijn.

De minister heeft aan zijn standpunt dat slechts van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten sprake was, ten grondslag gelegd dat de vreemdelingen feitelijk gewoon hebben meegewerkt in het productieproces, met andere woorden dat er slechts "handen" zijn geleverd: de werkzaamheden hadden geen betrekking op een afgeronde opdracht, zoals het verwerken van een bepaalde hoeveelheid vlees, maar bestonden uit gewone dagelijkse werkzaamheden samen met de werknemers van de vennootschap. Bovendien werden de vreemdelingen na drie maanden

vervangen door andere werknemers van

De Afdeling stelt vast dat de vreemdelingen ten tijde van de controle door de Arbeidsinspectie in dienst waren bij en dat onbestreden is gebleven dat zij hun hoofdactiviteit in de Lid-Staat van herkomst uitoefenden en na afloop van de werkzaamheden bij de vennootschap naar Polen zijn teruggekeerd.

Voorts geven de in 2.2. vermelde feiten voldoende grondslag voor de vaststelling dat de vreemdelingen in dienst van , een in Polen gevestigde dochteronderneming van de vennootschap, tijdelijk in Nederland werkzaam zijn geweest om onder leiding en toezicht van de vennootschap met gebruikmaking van haar machines bij de vennootschap scholing en praktijkervaring op te doen, met dien verstande dat de vreemdelingen daarbij, gelet op de wijze waarop deze scholing was vormgegeven, nagenoeg volledig deelnamen aan het productieproces van de vennootschap. Uit de boeterapporten en de daarbij gevoegde verklaringen van enkele vreemdelingen volgt dat de vreemdelingen zich in de productiehal van de vennootschap samen met de Nederlandse productiemedewerkers vijf dagen per week, acht uur per dag bezighielden met productiewerkzaamheden, zoals het verwerken, snijden en inpakken van vlees en de vreemdelingen niet de in de Studie Training Overeenkomst vermelde theorielessen kregen, zodat de lessen zich beperkten tot 'training on the job'. Gelet hierop stelt de Afdeling vast dat zich een situatie voordoet van terbeschikkingstelling van werknemers door aan de vennootschap die moet worden aangemerkt als grensoverschrijdende intra-concernuitlening als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b, van de Detacheringsrichtlijn.

2.11.3. Bij verwijzingsuitspraken van 29 juli 2009 heeft de Afdeling in de zaken nrs. C-307/09, C-308/09 en C-309/09 (www.curia.europa.eu) het Hof verzocht bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vragen:

1. Moeten de artikelen 49 en 50 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling, zoals vervat in artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen, gelezen in samenhang met artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, op grond waarvan voor het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van Richtlijn 96/71/EG een tewerkstellingsvergunning is vereist?

2. Aan de hand van welke criteria dient te worden bepaald of sprake is van het ter beschikking stellen van werknemers in de zin van artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van Richtlijn 96/71/EG?

2.11.4. Gelet op hetgeen in 2.11.2. is overwogen ziet de Afdeling zich thans geplaatst voor de vraag of met het oog op de bescherming van de nationale arbeidsmarkt de eis van een tewerkstellingsvergunning op grond van artikel 2 van de Wav, zoals in 2.1.1. geschetst, voor dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b, van de Detacheringsrichtlijn, in het

licht van de artikelen 56 en 57 van het VWEU, mede gelet op het in Bijlage XII gemaakte voorbehoud, een proportionele maatregel is. Zij ziet daarom aanleiding om het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vraag:

Moeten de artikelen 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling, zoals vervat in artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen, gelezen in samenhang met artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, op grond waarvan voor het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b, van Richtlijn 96/71/EG een tewerkstellingsvergunning is vereist?

2.12. Gelet op het vorenstaande, zal de behandeling van de hoger beroepen worden geschorst, als na te melden.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de hierboven geformuleerde vraag;

Moeten de artikelen 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling, zoals vervat in artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen, gelezen in samenhang met artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, op grond waarvan voor het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b, van Richtlijn 96/71/EG een tewerkstellingsvergunning is vereist?

- II. schorst de behandeling van de hoger beroepen;

- III. houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus vastgesteld door mr. T.M.A. Claessens, voorzitter, en mr. M.A.A. Mondt-Schouten en mr. A.B.M. Hent, leden, in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van Staat.

w.g. Claessens
voorzitter

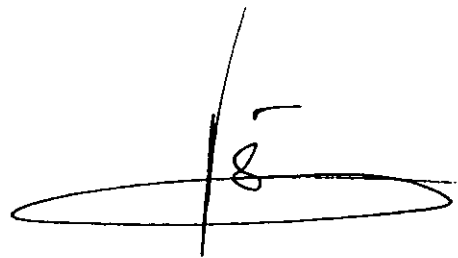
w.g. Groeneweg
ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 31 maart 2010

32-532.

Verzonden: 31 maart 2010

Voor eensluidend afschrift,
de secretaris van de Raad van State,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' shape with a horizontal line across it, and a smaller, more complex mark to the right.

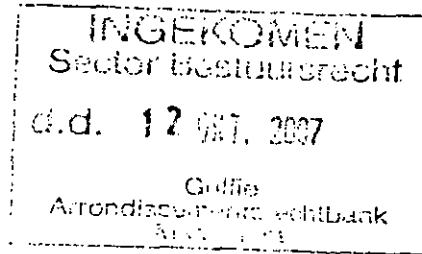
mr. H.H.C. Visser

INGEKOMEN 13 SEP. 2007

AI



Ministerie van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid



Postbus 11563
2502 AN Den Haag
Telefoon (070) 333 44 44
Telefax (070) 333 4002

Kantoor mr. Meuwissen
T.a.v. mr. A.J.T.J. Meuwissen
Postbus 7076
6050 AB Maasbracht

Uw brief
d.d. 12 januari 2007

Ons kenmerk
AI/JZ/2007/2496/BOB

Doorkiesnummer
(070) 333 4267

Onderwerp
Bezwaar

Datum

Contactpersoon
mr. Stiekema

12 SEP. 2007

Geachte heer Meuwissen,

Bij brief van 12 januari 2007 heeft u, namens (hierna: uw cliënte) bezwaar gemaakt tegen de beschikking van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 13 december 2006, kenmerk 070604222/03. Bij die beschikking is uw cliënte een boete opgelegd van € 56.000, - vanwege zeven overtredingen van artikel 2, eerste lid van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav). Hierbij doe ik u de beslissing op het bezwaarschrift toekomen.

A. Feiten

Op woensdag 21 december 2005 werd de locatie nummer van bezocht door vier inspecteurs van de Arbeidsinspectie. Zij troffen daar zeven personen aan die arbeid verrichtten bestaande uit het verwerken, snijden en inpakken van vlees. Het bleek te gaan om

(hierna: vreemdelingen), allen met de Poolse nationaliteit.

De vreemdelingen waren via een in- en uitleensituatie of aanneming van werk tewerk gesteld bij uw cliënte door (hierna:) De aangetroffen vreemdelingen bleken vreemdeling in de zin van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000) te zijn, zodat uw cliënte voor hen in het bezit diende te zijn van een tewerkstellingsvergunning. Uw cliënte noch beschikten, zoals bleek uit navraag bij de Centrale organisatie werk en inkomen, echter niet over deze vergunningen. De inspecteurs constateerden derhalve zeven keer een overtreding van artikel 2, eerste lid Wav.

Aansluitend op de werkplekcontrole hebben de inspecteurs een onderzoek ingesteld in de WID-administratie van uw cliënte. Uw cliënte is tot tweemaal toe verzocht de WID-administratie over te leggen van de eerder aangetroffen vreemdelingen maar deze kon niet worden overgelegd.

Naar aanleiding hiervan hebben de inspecteurs een boeterapport opgemaakt. Op 19 september 2006 is dit boeterapport aan uw cliënte toegezonden.

Met de kennisgeving van 20 november 2005 is uw cliënte op de hoogte gesteld van het voornemen aan haar een bestuurlijke boete op te leggen. Van de daarin aan uw cliënte geboden mogelijkheid om haar zienswijze te geven heeft uw cliënte geen gebruik gemaakt. Bij beschikking van 13 december 2006 is aan uw cliënte een bestuurlijke boete opgelegd van € 56.000. Hiertegen heeft u namens uw cliënte bij brief van 12 januari 2007, derhalve tijdig, bezwaar gemaakt.

B. Wettelijk kader

Artikel 2, eerste lid Wav bepaalt dat het een werkgever verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Artikel 1 lid, 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 Vreemdelingenwet 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, eerste lid Wav als beboetbaar feit aangemerkt.

Ten tijde van het bestreden besluit waren de Beleidsregels boeteoplegging Wav van 6 juni 2006 (Stcrt. 2006, nr. 116) van kracht. Deze Beleidsregels zijn ingetrokken. Per 1 januari 2007 zijn de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007 van 15 december 2006 (Stcrt. 2006, nr. 250) in werking getreden (hierna: de Beleidsregels 2007). De boetebedragen zijn in de Beleidsregels 2007 niet gewijzigd.

Op grond van artikel 1 van de Beleidsregels 2007 en de daarbij behorende Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Tarieflijst) bedraagt de bestuurlijke boete voor een rechtspersoon € 8.000, - per overtreding van artikel 2, eerste lid Wav.

C. Bezwaarschrift

Uw cliënte stelt, verkort en zakelijk weergegeven dat:

- voor het getuigenverhoor de cautie niet is gegeven en het recht van hoor en wederhoor is geschonden nu cliënte niet aanwezig mocht zijn bij het getuigenverhoor;
- cliënte wel degelijk een verklaring heeft afgelegd;
- er sprake is van een boeterapport dat niet ten spoedigste is opgemaakt waardoor de juistheid in twijfel wordt getrokken;
- de boetebeschikking niet binnen de daarvoor gestelde wettelijke termijn van 13 weken is opgemaakt;
- zij ten onrechte als werkgever in de zin van de Wav wordt aangemerkt;
- tewerkstellingsvergunningen niet zijn vereist omdat er sprake is van scholing door en de aangetroffen vreemdelingen stage liepen. Bovendien is vrij om in Nederland haar personeel een deugdelijke opleiding te laten volgen ten

einde het geleerde in haar eigen fabriek in praktijk te laten brengen. Het opleggen van een boete is derhalve in strijd met het beginsel "geen straf zonder schuld";

- onderzocht had moeten worden of er sprake is van dienstverlening door
- de gestelde overtreding uw cliënte niet kan worden verweten;
- het opleggen van de boete in strijd is met het legaliteitsbeginsel
- de opgelegde boete niet in verhouding staat tot de gestelde overtreding en is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel;
- de opgelegde boete betekent voor cliënte een onevenredige grote financiële last en in strijd met artikel 6, tweede lid, EVRM;
- zij niet in staat is om de opgelegde boete ineens of in termijnen te betalen. De betaling zal tot een acute noodsituatie leiden. Ter onderbouwing van deze stelling worden jaarstukken over het gebroken boekjaar 2004/2005 het jaar 2005/2006 en het gebroken boekjaar 2006/2007 overgelegd van de onderneming van uw cliënte;
- zij een vergoeding van de kosten wil.

D. Hoorzitting

Gelet op artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is uw cliënt in de gelegenheid gesteld het bezwaarschrift toe te lichten tijdens een hoorzitting. Op 5 juli 2007 vond een hoorzitting plaats. Het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij deze beschikking gevoegd.

E. Verweer

Cautie

Uw cliënte stelt dat aan de vreemdelingen aan wie vragen zijn gesteld tijdens de inspectie niet verteld is dat zij niet tot antwoorden verplicht waren. Uit het proces-verbaal blijkt dat in eerste instantie slechts inlichtingen gewonnen zijn. Op grond van artikel 5:16 Awb is een toezichthouder bevoegd inlichtingen te vorderen. Pas wanneer er sprake is van een "criminal charge" in de zin van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) kan iemand zich beroepen op het zwijgrecht. Van een "criminal charge" is pas sprake als ondervraagde er redelijkerwijs ervan uit kan gaan dat er een sanctie opgelegd zal worden. Met betrekking tot de vreemdelingen merk ik op dat zij niet als belanghebbenden c.q. verdachten van een beboetbaar feit in het kader van de Wav zijn aangemerkt maar als getuigen zijn gehoord, zodat tot het geven van de cautie geen verplichting bestaat. Nadat de inlichtingen ingewonnen waren, is de productiechef gevraagd om contact op te nemen met de wettelijk vertegenwoordiger van uw cliënte. Uw cliënte heeft hierop niet gereageerd. Het geven van de cautie is daarom op goede gronden achterwege gebleven.

Het geven van een verklaring

Uw cliënte heeft inderdaad bij brief van 7 december 2005 een schriftelijke reactie gegeven waarin wordt verzocht om in januari 2006 een verklaring te mogen afleggen af te leggen. Voorts heeft uw cliënte bij brief van 8 februari 2006 kenbaar gemaakt dat door een stagiaireproject is aangenomen, er geen sprake is van een overtreding, er door drukke werkzaamheden geen gevolg kan worden gegeven aan de uitnodiging om te worden gehoord en dat uw cliënte voorafgaand aan het verhoor de vragen schriftelijk wil ontvangen. Toegegeven wordt dat de Arbeidsinspectie op deze schriftelijke uiteenzetting en verzoeken van niet heeft gereageerd. De Arbeidsinspectie heeft echter wel bij brieven van 28 november 2005 en 26 januari 2006 uw cliënte in de gelegenheid gesteld om

een mondelinge verklaring af te leggen. Voorts is medegedeeld dat indien uw cliënte dit niet wenste er van wordt uitgegaan dat uw cliënte niet tot het afleggen van een verklaring, waartoe uw cliënte overigens ook niet verplicht is, genegen is. Ook is medegedeeld dat indien uw cliënte geen gehoor zou geven aan het verzoek om een verklaring af te leggen het boeterapport zonder mondelinge verklaring naar de boeteoplegger te 's-Gravenhage wordt gezonden, hetgeen op 19 september 2006 ook is geschied. Vervolgens is op 20 november 2006 aan uw cliënte een boetekennisgeving gestuurd. Van de daarin geboden mogelijkheid om een zienswijze te geven is door uw cliënte geen gebruik gemaakt. Deze gang van zaken heeft echter geen gevolgen gehad, want uw cliënte kon in bezwaar alsnog haar verklaring c.q. zienswijze naar voren brengen. Deze wordt bij de heroverweging van het besluit tot boeteoplegging meegewogen. Uw cliënte heeft dus geen nadeel ondervonden.

Artikel 18b, eerste lid Wav

Het boeterapport is volgens uw cliënte niet "zo spoedig mogelijk na vaststelling van het beboetbare feit" opgemaakt, zoals omschreven in artikel 18b, eerste lid, Wav.

Ik merk op dat de beboetbare feiten zijn geconstateerd op 12 december 2005. Daarna hebben er nog diverse verhoren plaatsgevonden. Het boeterapport is afgerond op 19 september 2006. Artikel 18b, eerste lid, Wav, stelt geen fatale termijn. Daarbij is er geen sprake van een dusdanig tijdsverloop, dat gesteld moet worden dat uw cliënte daardoor in haar processuele belangen is geschaad.

Integriteit controleambtenaren

Ten aanzien van de ontkenning van de juistheid van de door de controleambtenaren gedane observaties en handelswijze door uw cliënte overweeg ik als volgt. Niets wijst erop dat aan de integriteit van de controleambtenaren zou moeten worden getwijfeld. De controleambtenaren zijn beëdigde bijzonder opsporingsambtenaar die het boeterapport op ambtseed en/of ambtsbelofte hebben opgemaakt. Controleambtenaren worden goed opgeleid voor hun taak. In het boeterapport wordt uitsluitend een objectieve weergave gepresenteerd van onbevooroordeelde observaties gedaan tijdens het inspectiebezoek en het horen van de vreemdelingen. Ik zie geen aanleiding om te twijfelen aan het op ambtseed/belofte opgemaakte boeterapport.

Artikel 19e Wav

Bij brief van 26 januari 2006 is aan uw cliënte medegedeeld dat op basis van het opgemaakte boeterapport een boete kan worden opgelegd. Op grond van voornoemde brief was uw cliënte er derhalve van op de hoogte dat op grond van het boeterapport een boete kon worden opgelegd.

Bij brief van 25 september 2006 is uw cliënte gewezen op het bepaalde in artikel 19f, eerste lid, Wav. In artikel 19e, derde lid Wav is bepaald dat een boetebeschikking wordt gegeven binnen 13 weken na de datum van dagtekening van het boeterapport. Dit is echter geen fatale termijn. Na het verstrijken van deze termijn blijft mijn bevoegdheid om een boete op te leggen bestaan. De bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen vervalt pas na verloop van twee jaar na de dag waarop het beboetbare feit is geconstateerd. Dit is bepaald in artikel 19f, eerste lid Wav. In onderhavige situatie is de boete binnen de in artikel 19f Wav bepaalde termijn opgelegd, zodat deze bevoegd is opgelegd. Door de overschrijding van de in artikel 19e Wav neergelegde termijn is verzoeker bovendien niet in haar belangen geschaad, zodat hieraan geen consequenties behoeven te worden verbonden.

Begrip werkgever

Artikel 2, eerste lid Wav bepaalt dat het een werkgever is verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Het begrip van werkgever in artikel 1, eerste lid, onder b, sub 1 Wav is ruim gedefinieerd. Voornoemd artikel bepaalt dat degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten, wordt beschouwd als werkgever. Vast staat dat de ten tijde van de controle aangetroffen vreemdelingen door tussenkomst van werkzaamheden hebben verricht voor uw cliënte. Ook staat vast dat het hier om vreemdelingen in de zin van de Vw 2000 gaat en dat voor hen aan uw cliënte als feitelijk werkgever noch aan als formeel werkgever tewerkstellingsvergunningen waren verstrekt.

Het verbod van artikel 2, eerste lid, Wav richt zich ook tot een eventuele opdrachtgever van de formele werkgever. Hieromtrent is in de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij het tweede lid van artikel 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/1994, 23574, nr. 3, p. 13-14) het volgende bepaald: "Dit nieuwe wetsvoorstel beoogt (...) ten volle duidelijkheid ten aanzien van de verantwoordelijke werkgever te scheppen. Degene die de vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten is vergunningplichtig in het kader van het wetsvoorstel". De wetgever heeft mede het oog gehad op situaties waarin degene die de vreemdeling daadwerkelijk arbeid laat verrichten (de feitelijke werkgever), een ander is dan degene tot wie de arbeider in een rechtsverhouding staat (de formele werkgever). De ruimere definitie was nodig omdat in de praktijk steeds werd gepoogd om via sluiptwegen en ingewikkelde constructies de vergunningplicht te ontgaan. Daarnaast blijkt uit de MvT dat ieder die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning.

Door het ruime begrip werkgever is het dus mogelijk dat meerdere werkgevers worden beboet voor hetzelfde feit, zoals in casu is geschied. Ook dit valt in de MvT te lezen (Kamerstukken TK 2003-2004, 29 523, nr.6, pag. 3).

Nu het begrip werkgever in artikel 1 eerste lid, onder b sub 1 Wav ruim wordt uitgelegd, is er in dit geval sprake van twee werkgevers te weten als formeel werkgever en uw cliënte als feitelijk werkgever.

Begrip arbeid

De Wav gaat uit van een ruime definitie van het begrip arbeid. Ook een stage in het kader van onderwijs wordt in dat verband als arbeid aangemerkt. Dat een stage dient te worden aangemerkt als arbeid blijkt alleen al uit het feit dat in de Uitvoeringsregels Wav een aparte regeling is opgenomen voor het versoepeld afgeven van een tewerkstellingsvergunning voor stagiaires. Ik kom derhalve tot de conclusie dat de betrokken vreemdelingen wel degelijk arbeid in de zin van de Wav hebben verricht. Uw cliënte is naar mijn oordeel terecht als werkgever in de zin van de Wav aangemerkt, aangezien zij in het kader van een stage zeven vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning arbeid heeft laten verrichten. Op grond van paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels Wet arbeid vreemdelingen behorende bij het Delegatie- en uitvoeringsbeleid Wet arbeid vreemdelingen is immers eveneens een tewerkstellingsvergunning vereist voor stagiaires.

Artikel 1f van het Besluit uitvoering Wav bepaalt thans dat het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav, niet van toepassing is met betrekking tot een vreemdeling die in Nederland wordt tewerkgesteld als stagiair en rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8, onder e, van de Vw 2000, dan wel die beschikt over een vergunning tot verblijf voor studie als bedoeld in artikel 3.4, eerste lid, onder n, van het Vreemdelingenbesluit 2000.

Uit de toelichting op dit artikel blijkt voorts dat als voorwaarde is gesteld dat de werkgever beschikt over een stageovereenkomst met de desbetreffende student en een Nederlandse onderwijsinstelling. Daarvan is in dit geval geen sprake nu er slechts een studie-trainingsovereenkomst is aangegaan tussen en

Op basis van de uit het boeterapport blijkende feiten en omstandigheden en het hier bovenstaande staat voor mij vast dat de vreemdelingen arbeid hebben verricht voor uw cliënte hetgeen niet wordt ontkend. Weliswaar stelt uw cliënte het oogmerk te hebben gehad om de vreemdelingen arbeid als stagiaires te laten verrichten maar uw cliënte was niet in het bezit tewerkstellingsvergunningen voor hen. Dat deze stage zoals uw cliënte stelt noodzakelijk is voor haar vestiging in Polen doet daar niet aan af.

Opgelegde boete niet in strijd Europees recht

Uw cliënte klaagt dat in strijd is gehandeld met het Europees recht. Ik concludeer als volgt. Ingevolge artikel 1e, eerste lid van het Besluit uitvoering Wav 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 de vreemdeling gerechtigd is om als werknemer van deze werkgever arbeid te verrichten in het land waar de werkgever is gevestigd, de werkgever de arbeid in Nederland voor aanvang daarvan schriftelijk aan CWI heeft gemeld onder overlegging van de nodige documenten (de zogenaamde notificatieplicht) en er geen sprake is van dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

Achterliggende gedachte van een en ander is dat het vereiste van een tewerkstellingsvergunning voor dienstverleners die naar Nederland komen om met hun eigen personeel werkzaamheden te verrichten in beginsel een belemmering vormt in de zin van artikel 49 EG-verdrag. Echter, in de Toetredingsakte met Polen en de daarbij behorende bijlagen waren beperkingen op het vrij verkeer van werknemers toegestaan. Bij het Toetredingsakte heeft Nederland gebruik gemaakt van het opschortingrecht ten aanzien van het vrije verkeer van werknemers. Op 1 mei 2007 zijn de in dit verband gemaakte beperkingen vervallen. Tot 1 mei 2007 was het niet toegestaan voor een werkgever om in Nederland een werknemer met bijvoorbeeld de Poolse nationaliteit arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Daarom moest vooraf kunnen worden vastgesteld of sprake was van dienstverlening door een onderneming die enkel bestond uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en waarvoor de beperkingen van het vrij werknemersverkeer nog steeds ten volle golden, dan wel of er sprake was van dienstverrichters die met hun eigen personeel (waarvoor het vrij verkeer van werknemers nog niet gold) ter uitvoering van een dienst naar Nederland kwamen.

Dat een lidstaat mocht controleren of het ging om dienstverrichting dan wel om het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, gedurende de periode dat toepassing van de artikelen 1 tot en met 6 van Verordening 1612/68 voor de nieuwe toetredende lidstaten was opgeschort, blijkt uit het arrest *Rush Portuguesa* (arrest van 27 maart 1990, zaak C-113/89). Het Hof van Justitie overwoog in punt 16 van dit arrest dat het begrip dienstverrichting activiteiten van zeer uiteenlopende aard omvat en niet voor alle gevallen tot dezelfde conclusie leidt. Ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen zijn, aldus het Hof in punt 16, weliswaar dienstverrichter in de zin van het Verdrag, maar verrichten werkzaamheden die juist tot doel hebben werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat. De lidstaten moeten, zo vervolgt het Hof in punt 17, gedurende de overgangsperiode wel kunnen nagaan of een onderneming de vrijheid van dienstverrichting niet gebruikt voor een ander doel, bijvoorbeeld ten einde haar personeel te laten overkomen of werknemers in strijd met de overgangsbepalingen werk te verschaffen of ter beschikking te stellen.

Deze overweging is als overweging 39 overigens ook te lezen in het arrest *Commissie tegen Luxemburg* (arrest van 21 oktober 2004, zaak C-445/03). Wel moet deze controle volgens het Hof geschieden met inachtneming van de door het gemeenschapsrecht gestelde beperkingen, mag de vrijheid van de dienstverrichter niet illusoir worden gemaakt en mag de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting niet aan de beoordelingsvrijheid van de administratie worden onderworpen (zie ook voornoemd arrest *Commissie tegen Luxemburg*, punt 40).

Nederland had de toepassing van de artikelen 1 tot en met 6 van verordening 1612/68 zoals verwoord in de bijlagen V, VI, VIII, IX, X, XII, XIII en XIV, waarnaar in artikel 24 van het Toetredingsakte wordt verwezen, opgeschort. Dit betekende dat het vrij verkeer van werknemers nog niet van toepassing was op werknemers uit Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Polen, Slovenië, Slowakije en Tsjechië.

Gelet op de feiten en omstandigheden van dit geval is er geen sprake van grensoverschrijdende dienstverlening waarvoor geen tewerkstellingsvergunning is vereist, maar is er sprake van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Immers, de vreemdelingen kregen werkinstructies/opdrachten van uw cliënte, zodat zij onder toezicht en leiding van uw cliënte arbeid verrichtten. Voorts blijkt uit de stukken dat de werkzaamheden uitgevoerd werden met materialen van uw cliënte, zodat er ook om die reden geen sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening.

Artikel 6 EVRM

Het systeem van de bestuurlijke boete is niet in strijd met artikel 6 EVRM zolang beroep openstaat bij de rechter die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Nu beroep openstaat bij de bestuursrechter, die aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, is aan deze voorwaarde voldaan. Artikel 6 EVRM brengt niet mee dat de staat slechts een boete op mag leggen als zij de schuld van uw cliënte heeft aangetoond. Schuld in de zin van verwijtbaarheid mag worden verondersteld zolang uw cliënte de gelegenheid krijgt om aannemelijk te maken dat de overtreding haar niet verweten kan worden. De stelling dat sprake is van omkering van de bewijslast is dan ook niet juist. Het is in beginsel aan het bestuursorgaan om te bewijzen/aannemelijk te maken dat de desbetreffende werkgever een overtreding in de zin van de Wav heeft begaan. Er is pas sprake van een overtreding als aan alle vereisten van artikel 2,

eerste lid, Wav is voldaan. De enkele omstandigheid dat men werkgever is, is dus onvoldoende. Heeft het bestuurorgaan dit echter bewezen, is het vervolgens aan uw cliënte de om te stellen en aannemelijk te maken dat er geen sprake is van een overtreding dan wel dat uw cliënte geen verwijt kan worden gemaakt.

Nu er zeven vreemdelingen arbeid hebben verricht zonder dat uw cliënte als feitelijk werkgever noch als formeel werkgever ten aanzien van hen in het bezit was van een tewerkstellingsvergunning, is er wel degelijk sprake van zeven maal een overtreding van artikel 2, eerste lid, Wav. De boeeting vindt plaats per overtreding zoals is weergegeven in artikel 1 van de Beleidsregels 2007.

Met betrekking tot hetgeen uw cliënte heeft gesteld omtrent de onschuldpresumptie verwijs ik naar de Memorie van Toelichting op de wijziging van de Wav in verband met de invoering van de bestuursrechtelijke handhaving (Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen) (Tweede Kamer, 2003-2004, 29 523, nr. 3, pag. 7 en 8) waarin is bepaald:

“De onschuldpresumptie verzet zich niet tegen een bestraffing in de bestuurlijke fase van eenvoudig vast te stellen feiten, waaraan geen beoordeling van opzet of schuld te pas komt, zolang degene die de boete krijgt opgelegd de mogelijkheid heeft om het tegenbewijs te leveren. De met een boete te bestraffen overtredingen in de Wet arbeid vreemdelingen zijn in veel gevallen betrekkelijk eenvoudig vast te stellen aan de hand van de gegevens die op grond van de wet verschaft moeten worden. De onschuldpresumptie is ook van betekenis voor de vraag of de tenuitvoerlegging van de opgelegde boete (de invordering) toelaatbaar is in een situatie dat een rechterlijke instantie zich nog niet over de zaak heeft uitgesproken. In het onderhavige wetsvoorstel is geen afwijking gegeven van hetgeen in de Algemene wet bestuursrecht terzake is geregeld (zie artikel 6:16 Awb) en dat betekent dat het instellen van bezwaar of beroep geen schorsende werking heeft. Het verlenen van schorsende werking zou in strijd zijn met de doelstelling van de bestuurlijke boete, namelijk het bestrijden van illegale tewerkstelling door middel van een tik op stuk beleid. (...)”.

De stelling van uw cliënte dat er aan het bezwaarschrift schorsende werking had moeten worden toegekend is dan ook onjuist.

Geen straf zonder schuld

Uw cliënte is van mening dat haar geen enkel verwijt kan worden gemaakt. Bij het opleggen van een bestuurlijke boete hoeft verwijtbaarheid niet te worden aangetoond en kan een boete worden opgelegd als vaststaat dat artikel 2, eerste lid Wav, is overtreden. Echter, bij het bepalen van de hoogte van de boete vereist de evenredigheidsbeoordeling dat de verwijtbaarheid van het beboetbare feit in de besluitvorming wordt betrokken. Bij het volledig ontbreken van verwijtbaarheid kan een boete niet worden opgelegd en verder kan een beperkte mate van verwijtbaarheid een grond zijn om de boete te matigen. Het is aan uw cliënte om een beroep te doen op de afwezigheid van verwijtbaarheid en deze afwezigheid te onderbouwen. Er is sprake van verwijtbaarheid als de werkgever niet alles heeft gedaan wat in redelijkheid van hem verwacht mag worden om de overtreding te voorkomen.

Aangaande de verwijtbaarheid van uw cliënte overweeg ik het volgende. Uw cliënte was de feitelijk werkgever van de zeven vreemdelingen. Derhalve had zij moeten controleren of aan alle voorwaarden van de Wav werd voldaan. Nu uw cliënte dit heeft nagelaten heeft uw cliënte niet alles gedaan wat in redelijkheid van haar verwacht mag worden. De overtreding is uw cliënte dan ook verwijtbaar.

Toepassing legaliteitsbeginsel

Nederland had op het recht op het vrij verkeer van werknemers met de Poolse nationaliteit een voorbehoud gemaakt waar in de Toetredingsakte met Polen naar werd verwezen. Indien een werkgever een werknemer met voornoemde nationaliteit arbeid wilde laten verrichten, diende hij voor aanvang van die arbeid in het bezit te zijn van een tewerkstellingsvergunning. De omstandigheid dat op 1 mei 2007 de arbeidsmarkt is geopend voor werknemers met voornoemde nationaliteit levert geen verandering op van de strafwaardigheid van de Wav, omdat artikel 2, eerste lid, van de Wav onveranderd is gebleven. Constatering van het laten verrichten van arbeid door een vreemdeling zonder de vereiste tewerkstellingsvergunning leidt derhalve onveranderd tot overtreding van artikel 2, eerste lid, Wav alsmede tot een boete van € 8.000, - respectievelijk € 4.000, - per overtreding (zie hiertoe ook TK 2006-2007, 29407, nr. 62, p.4). Ten tijde van het maken van het voorbehoud was reeds bekend dat deze maatregel van beperkte duur zou zijn. Achteraf goedkeuren van overtredingen zou het voorbehoud illusoir maken en in overeenkomstige situaties eenzelfde voorbehoud op voorhand al ontkrachten. Gelet op het bovenstaande kan niet geconcludeerd worden tot strijd met de artikelen 6 EVRM en 15 IVBPR.

In haar uitspraak van 11 juli 2007 no. 200700299/1 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State als volgt overwogen: "Dat ten tijde van belang reeds bekend was dat op termijn ook werknemers uit Polen onder de werkingsfeer van het vrij verkeer van werknemers zouden vallen, leidt evenmin tot de conclusie dat toepassing van de Wav in dit geval in strijd zou zijn met EG-regelgeving".

Boete onevenredig hoog

Uw cliënte stelt dat de boete onevenredig hoog is. Hierover wil ik het volgende opmerken. In de Memorie van Antwoord bij de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav van 19 oktober 2004 (Eerste Kamer, 2004-2005, 29523 C) is het volgende gesteld: "*Nu de Tweede Kamer unaniem heeft aangegeven dat zij de boetehoogte wil vaststellen op € 4.000,- en € 8.000,- per illegaal te werk gestelde vreemdeling door een natuurlijk persoon, respectievelijk een rechtspersoon, zal ik deze wens respecteren en de boetehoogte als zodanig vaststellen*".

Deze wens heb ik gevolgd in mijn besluit tot vaststelling van de Beleidsregels. Op grond van Beleidsregel 1 (thans: artikel 1 van de Beleidsregels 2007) en de daarbij behorende Tarieflijst bedraagt de boete voor een rechtspersoon € 8.000, - per overtreding van artikel 2 lid 1 Wav. De wetgever heeft geoordeeld dat de in deze Beleidsregels neergelegde normbedragen proportioneel en redelijk zijn indien de bepalingen van de Wav worden overtreden. De in dit geval opgelegde boete is met de Beleidsregels in overeenstemming, aangezien het in het onderhavige geval om een rechtspersoon gaat. De boetebedragen zijn in de Beleidsregels 2007 ongewijzigd gebleven.

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. Dit blijkt ook uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 22 maart 2006. De afdeling bevestigde daarin de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 13 oktober 2005

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.

Van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb, op grond waarvan de toepassing van de boetenormbedragen voor uw cliënte tot onevenredige gevolgen zou leiden, is mij niet 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 de illegale tewerkstelling streng te bestrijden en verdringing van Nederlands arbeidsaanbod krachtig tegen te gaan. Daarbij is de hoogte van de normbedragen afgestemd op het strafwaardig karakter van het niet naleven van de voorschriften van de Wav en op de afschrikwekkende werking die van boetebedragen moet uitgaan. Bij bijzondere omstandigheden gaat het om individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter.

Financiële draagkracht van een belanghebbende vormt, ook volgens bestendige rechtspraak, in beginsel geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan moet worden afgeweken van de Beleidsregels. Immers, hieruit blijkt niet van evidente bijzondere omstandigheden met een zeer uitzonderlijk karakter.

Daarboven speelt dat uw cliënte onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij over onvoldoende liquide middelen beschikt om de opgelegde boete te betalen. Uw cliënte heeft ter onderbouwing stukken overgelegd die laten zien dat het voor uw cliënte, mede gelet op een betalingsregeling die zij kan treffen, niet onmogelijk is de boete te betalen. Voorts behoort een kwetsbare bedrijfseconomische positie tot het normale ondernemersrisico dat elke ondernemer en dus ook uw cliënte loopt.

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

Gelet op het voorgaande concludeer ik dat de boete op goede gronden is opgelegd.

Uw cliënte verzoekt om vergoeding van de proceskosten van juridische bijstand in bezwaar. Op dit verzoek is artikel 7:15, tweede lid Awb van toepassing. Op grond daarvan behoeft een bestuursorgaan uitsluitend de kosten in verband met de behandeling van het bezwaar te vergoeden indien het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Nu van het herroepen van de onderhavige boetebeschikking geen sprake is, wijs ik uw verzoek om kosten van rechtsbijstand af.

F. Beslissing

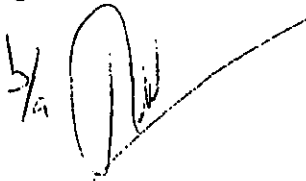
Gezien uw bezwaren, de bestreden beschikking, de stukken, de hoorzitting en de vigerende regelgeving ben ik tot de volgende beslissing gekomen.

Het bezwaarschrift geeft geen aanleiding de opgelegde boete te herzien dan wel het bestreden besluit in te trekken.

Gelet op het voorgaande verklaar ik uw bezwaarschrift ongegrond. Dit betekent dat de beschikking van 13 december 2006 met kenmerk 070604222/03 ongewijzigd in stand blijft.

Gelet op het voorgaande wordt niet toegekomen aan een vergoeding van de in de bezwaarprocedure gemaakte kosten, als bedoeld in artikel 7:15 Awb.

Hoogachtend,
de Minister 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 Maastricht ligt binnen het rechtsgebied van de rechtbank Rechtbank Maastricht, Postbus 1988, 6201 BZ Maastricht. 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.

SZW

Ministerie van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid

A1

te INGEKOMEN : . . . SEP. 2007

INGEKOMEN
Sector Bestuursrecht
d.d. 12 OKT. 2007
Griffie
Arrondissementsrechtbank
Maastricht

Kantoor mr. Meuwissen
T.a.v. mr. A.J.T.J. Meuwissen
Postbus 7076
6050 AB Maasbracht

Postbus 11563
2502 AN Den Haag
Telefoon (070) 333 44 44
Telefax (070) 333 4002

Uw brief
d.d. 19 januari 2007

Ons kenmerk
AI/JZ/2007/2495/BOB

Doorkiesnummer
(070) 333 4267

Onderwerp
Bezwaar

Datum
19 SEP. 2007

Contactpersoon
mr. Stiekema

Geachte heer Meuwissen

Bij brief van 19 januari 2007 heeft u, namens bezwaar
gemaakt tegen de beschikking van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid d.d. 13 december 2006, kenmerk 070604225/03. Bij die beschikking is uw
cliënte een boete opgelegd van € 64.000, - vanwege één overtreding van artikel 2, eerste lid
van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav. Hierbij doe ik u de beslissing op het
bezwaarschrift toekomen.

A. Feiten

Op dinsdag 15 november 2005 werd de locatie nummer van
(hierna: uw cliënte) bezocht door zes inspecteurs van de
Arbeidsinspectie. Zij troffen daar acht personen aan die arbeid verrichtten bestaande uit het
verwerken, snijden en inpakken van vlees. Het bleek te gaan om

(hierna: vreemdelingen),
allen met de Poolse nationaliteit. De vreemdelingen waren via een in- en uitleensituatie of
aanneming van werk tewerk gesteld bij uw cliënte door
(hierna: nummer) De aangetroffen vreemdelingen bleken vreemdeling in de zin van de
Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000) te zijn, zodat uw cliënte voor hen in het bezit
diende te zijn van een tewerkstellingsvergunning. Uw cliënte als feitelijk werkgever noch
als formeel werkgever beschikten, zoals bleek uit navraag bij de Centrale
organisatie werk en inkomen, over deze vergunningen. De inspecteurs constateerden
derhalve acht overtredingen van artikel 2, eerste lid Wav.

Aansluitend op de werkplekcontrole hebben de inspecteurs een onderzoek ingesteld in de
WID-administratie van uw cliënte. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat de Poolse
vreemdelingen met uitzondering van de vreemdeling nummer in de WID-
administratie waren verantwoord.

Naar aanleiding hiervan hebben de inspecteurs een boeterapport opgemaakt. Op
19 september 2006 is dit boeterapport aan uw cliënte toegezonden.

Met de kennisgeving van 20 november 2006 is uw cliënte op de hoogte gesteld van het voornemen aan haar een bestuurlijke boete op te leggen. Van de daarin aan uw cliënte geboden mogelijkheid om haar zienswijze te geven heeft uw cliënte geen gebruik gemaakt. Bij beschikking van 13 december 2006 is aan uw cliënte een bestuurlijke boete opgelegd van € 64.000. Hiertegen heeft u namens uw cliënte bij brief van 12 januari 2007, derhalve tijdig, bezwaar gemaakt.

B. Wettelijk kader

Artikel 2, eerste lid Wav bepaalt dat het een werkgever verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Artikel 1 lid, 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 Vreemdelingenwet 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, eerste lid Wav >en artikel 15 Wav als beboetbaar feit aangemerkt.

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

Ten tijde van het bestreden besluit waren de Beleidsregels boeteoplegging Wav van 6 juni 2006 (Stcrt. 2006, nr. 116) van kracht. Deze Beleidsregels zijn ingetrokken. Per 1 januari 2007 zijn de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007 van 15 december 2006 (Stcrt. 2006, nr. 250) in werking getreden (hierna: de Beleidsregels 2007).

Op grond van artikel 1 van de Beleidsregels 2007 en de daarbij behorende Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Tarieflijst) bedraagt de bestuurlijke boete voor een rechtspersoon € 8.000, - per overtreding van artikel 2, eerste lid Wav.

C. Bezwaarschrift

In uw bezwaarschrift, alsmede ter hoorzitting, heeft u - verkort weergegeven - het volgende aangevoerd dat:

- voor het getuigenverhoor de cautie niet is gegeven en het recht van hoor en wederhoor is geschonden nu cliënte niet aanwezig mocht zijn bij het getuigenverhoor;
- er sprake is van een boeterapport dat niet ten spoedigste is opgemaakt waardoor de juistheid in twijfel wordt getrokken;
- de boetebeschikking niet binnen de daarvoor gestelde wettelijke termijn van 13 weken is opgemaakt;
- zij ten onrechte als werkgever in de zin van de Wav wordt aangemerkt;
- tewerkstellingsvergunningen niet zijn vereist omdat er sprake is van scholing door en de aangetroffen vreemdelingen stage liepen. Bovendien is

vrij om in Nederland haar personeel een deugdelijke opleiding te laten volgen ten einde het geleerde in haar eigen fabriek in praktijk te laten brengen. Het opleggen van een boete is derhalve in strijd met het beginsel "geen straf zonder schuld";

- onderzocht had moeten worden of er sprake is van dienstverlening door
- de gestelde overtreding uw cliënte niet kan worden verweten;
- het opleggen van de boete in strijd is met het legaliteitsbeginsel;
- de opgelegde boete niet in verhouding staat tot de gestelde overtreding en in strijd met het proportionaliteitsbeginsel;
- de opgelegde boete betekent voor cliënte een onevenredige grote financiële last betekent en in strijd met artikel 6, tweede lid, EVRM;
- zij niet in staat is om de opgelegde boete ineens of in termijnen te betalen. De betaling zal tot een acute noodsituatie leiden. Ter onderbouwing van deze stelling worden jaarstukken over het gebroken boekjaar 2004/2005, het jaar 2005/2006 en het gebroken boekjaar 2006/2007 overgelegd van de onderneming van uw cliënte;
- zij een vergoeding van de kosten wil.

D. Hoorzitting

Gelet op artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is uw cliënte in de gelegenheid gesteld het bezwaarschrift toe te lichten tijdens een hoorzitting. Op 5 juli 2007 vond een hoorzitting plaats. Het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij deze beschikking gevoegd.

E. Overwegingen

Cautie

Uw cliënte stelt dat aan de vreemdelingen aan wie vragen zijn gesteld tijdens de inspectie niet verteld is dat zij niet tot antwoorden verplicht waren. Uit het proces-verbaal blijkt dat in eerste instantie slechts inlichtingen gewonnen zijn. Op grond van artikel 5:16 Awb is een toezichthouder bevoegd inlichtingen te vorderen. Pas wanneer er sprake is van een "criminal charge" in de zin van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) kan iemand zich beroepen op het zwijgrecht. Van een "criminal charge" is pas sprake als ondervraagde er redelijkerwijs ervan uit kan gaan dat er een sanctie opgelegd zal worden. Met betrekking tot de vreemdelingen merk ik op dat zij niet als belanghebbenden c.q. verdachten van een beboetbaar feit in het kader van de Wav zijn aangemerkt maar als getuigen zijn gehoord, zodat tot het geven van de cautie geen verplichting bestaat. Nadat de inlichtingen ingewonnen waren, is de productiechef gevraagd om contact op te nemen met de wettelijk vertegenwoordiger van uw cliënte. Uw cliënte heeft hierop niet gereageerd. Het geven van de cautie is daarom op goede gronden achterwege gebleven. Dat uw cliënte niet bij het horen van de vreemdelingen aanwezig mocht zijn heeft te maken met het bieden van de mogelijkheid om de vreemdelingen in alle vrijheid een verklaring te laten afleggen. Overigens stond het uw cliënte na het horen vrij om de vreemdelingen zelf te horen. Dat zij hiervan geen gebruik heeft gemaakt blijft voor haar verantwoordelijkheid.

Artikel 18b, eerste lid Wav

Het boeterapport is volgens uw cliënte niet "zo spoedig mogelijk na vaststelling van het beboetbare feit" opgemaakt, zoals omschreven in artikel 18b, eerste lid, Wav.

Ik merk op dat de beboetbare feiten zijn geconstateerd op 15 november 2005. Daarna hebben er nog diverse verhoren plaatsgevonden. Het boeterapport is afgerond op

19 september 2006. Artikel 18b, eerste lid, Wav, stelt geen fatale termijn. Daarbij is er geen sprake van een dusdanig tijdsverloop, dat gesteld moet worden dat uw cliënte daardoor in haar processuele belangen is geschaad.

Integriteit controleambtenaren

Ten aanzien van de ontkenning van de juistheid van de door de controleambtenaren gedane observaties en handelswijze door uw cliënte overweeg ik als volgt. Niets wijst erop dat aan de integriteit van de controleambtenaren zou moeten worden getwijfeld. De controleambtenaren zijn beëdigde bijzonder opsporingsambtenaar die het boeterapport op ambtseed en/of ambtsbelofte hebben opgemaakt. Controleambtenaren worden goed opgeleid voor hun taak. In het proces-verbaal wordt uitsluitend een objectieve weergave gepresenteerd van onbevooroordeelde observaties gedaan tijdens het inspectiebezoek en het horen van de vreemdelingen. Ik zie geen aanleiding om te twijfelen aan het op ambtseed/belofte opgemaakte boeterapport.

Artikel 19e Wav

Bij brief van 20 november 2006 is aan uw cliënte medegedeeld dat op basis van het opgemaakte boeterapport een boete kan worden opgelegd. Op grond van voornoemde brief was uw cliënte er derhalve van op de hoogte dat op grond van het boeterapport een boete kon worden opgelegd.

Bij brief van 25 september 2006 is uw cliënte gewezen op het bepaalde in artikel 19f, eerste lid, Wav. In artikel 19e, derde lid Wav is bepaald dat een boetebeschikking wordt gegeven binnen 13 weken na de datum van dagtekening van het boeterapport. Dit is echter geen fatale termijn. Na het verstrijken van deze termijn blijft mijn bevoegdheid om een boete op te leggen bestaan. De bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen vervalt pas na verloop van twee jaar na de dag waarop het beboetbare feit is geconstateerd. Dit is bepaald in artikel 19f, eerste lid Wav. In onderhavige situatie is de boete binnen de in artikel 19f Wav bepaalde termijn opgelegd, zodat deze bevoegd is opgelegd. Door de overschrijding van de in artikel 19e Wav neergelegde termijn is verzoeker bovendien niet in haar belangen geschaad, zodat hieraan geen consequenties behoeven te worden verbonden.

Begrip werkgever

Artikel 2, eerste lid Wav bepaalt dat het een werkgever is verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Het begrip van werkgever in artikel 1, eerste lid, onder b, sub 1 Wav is ruim gedefinieerd. Voornoemd artikel bepaalt dat degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten, wordt beschouwd als werkgever. Vast staat dat de ten tijde van de controle aangetroffen vreemdelingen door tussenkomst van werkzaamheden hebben verricht voor uw cliënte. Ook staat vast dat het hier om vreemdelingen in de zin van de Vw 2000 gaat en dat voor hen aan uw cliënte als feitelijk werkgever noch aan als formeel werkgever tewerkstellingsvergunningen waren verstrekt.

Het verbod van artikel 2, eerste lid, Wav richt zich ook tot een eventuele opdrachtgever van de formele werkgever. Hieromtrent is in de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij het tweede lid van artikel 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/1994, 23574, nr. 3, p. 13-14) het volgende bepaald: "Dit nieuwe wetsvoorstel beoogt (...) ten volle duidelijkheid ten

aanzien van de verantwoordelijke werkgever te scheppen. Degene die de vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten is vergunningplichtig in het kader van het wetsvoorstel". De wetgever heeft mede het oog gehad op situaties waarin degene die de vreemdeling daadwerkelijk arbeid laat verrichten (de feitelijke werkgever), een ander is dan degene tot wie de arbeider in een rechtsverhouding staat (de formele werkgever). De ruimere definitie was nodig omdat in de praktijk steeds werd gepoogd om via sluiptwegen en ingewikkelde constructies de vergunningplicht te ontgaan. Daarnaast blijkt uit de MvT dat ieder die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning.

Door het ruime begrip werkgever is het dus mogelijk dat meerdere werkgevers worden beboet voor hetzelfde feit, zoals in casu is geschied. Ook dit valt in de MvT te lezen (Kamerstukken TK 2003-2004, 29 523, nr.6, pag. 3).

Nu het begrip werkgever in artikel 1 eerste lid, onder b sub 1 Wav ruim wordt uitgelegd, is er in dit geval sprake van twee werkgevers te weten als formeel werkgever en uw cliënte als feitelijke werkgever.

Begrip arbeid

De Wav gaat uit van een ruime definitie van het begrip arbeid. Ook een stage in het kader van onderwijs wordt in dat verband als arbeid aangemerkt. Dat een stage dient te worden aangemerkt als arbeid blijkt alleen al uit het feit dat in de Uitvoeringsregels Wav een aparte regeling is opgenomen voor het versoepeld afgeven van een tewerkstellingsvergunning voor stagiaires. Ik kom derhalve tot de conclusie dat de betrokken vreemdelingen wel degelijk arbeid in de zin van de Wav hebben verricht. Uw cliënte is naar mijn oordeel terecht als werkgever in de zin van de Wav aangemerkt, aangezien zij in het kader van een stage acht vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning arbeid heeft laten verrichten.

Op grond van paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels Wet arbeid vreemdelingen behorende bij het Delegatie- en uitvoeringsbeleid Wet arbeid vreemdelingen is immers eveneens een tewerkstellingsvergunning vereist voor stagiaires.

Artikel 1f van het Besluit uitvoering Wav bepaalt thans dat het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav, niet van toepassing is met betrekking tot een vreemdeling die in Nederland wordt tewerkgesteld als stagiair en rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8, onder e, van de Vw 2000, dan wel die beschikt over een vergunning tot verblijf voor studie als bedoeld in artikel 3.4, eerste lid, onder n, van het Vreemdelingenbesluit 2000.

Uit de toelichting op dit artikel blijkt voorts dat als voorwaarde is gesteld dat de werkgever beschikt over een stageovereenkomst met de desbetreffende student en een Nederlandse onderwijsinstelling. Daarvan is in dit geval geen sprake

Op basis van de uit het boeterapport blijkende feiten en omstandigheden en het hier bovenstaande staat voor mij vast dat de vreemdelingen arbeid hebben verricht voor uw cliënte hetgeen niet wordt ontkend. Weliswaar stelt uw cliënte het oogmerk te hebben gehad om de vreemdelingen arbeid als stagiaires te laten verrichten maar uw cliënte was niet in het bezit tewerkstellingsvergunningen voor hen. Dat deze stage zoals uw cliënte stelt noodzakelijk is voor haar vestiging in Polen doet daar niet aan af.

Opgelegde boete niet in strijd Europees recht

Uw cliënte klaagt dat in strijd is gehandeld met het Europees recht. Ik concludeer als volgt. Ingevolge artikel 1e, eerste lid van het Besluit uitvoering Wav 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 de vreemdeling gerechtigd is om als werknemer van deze werkgever arbeid te verrichten in het land waar de werkgever is gevestigd, de werkgever de arbeid in Nederland voor aanvang daarvan schriftelijk aan CWI heeft gemeld onder overlegging van de nodige documenten (de zogenaamde notificatieplicht) en er geen sprake is van dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

Achterliggende gedachte van een en ander is dat het vereiste van een tewerkstellingsvergunning voor dienstverleners die naar Nederland komen om met hun eigen personeel werkzaamheden te verrichten in beginsel een belemmering vormt in de zin van artikel 49 EG-verdrag. Echter, in de Toetredingsakte met Polen en de daarbij behorende bijlagen zijn beperkingen op het vrij verkeer van werknemers toegestaan. Bij de Toetredingsakte heeft Nederland gebruik gemaakt van het opschortingrecht ten aanzien van het vrije verkeer van werknemers. Op 1 mei 2007 zijn de in dit verband gemaakte beperkingen vervallen. Tot 1 mei 2007 was het niet toegestaan voor een werkgever om in Nederland een werknemer met bijvoorbeeld de Poolse nationaliteit arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Daarom moest vooraf kunnen worden vastgesteld of sprake was van dienstverlening door een onderneming die enkel bestond uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en waarvoor de beperkingen van het vrij werknemersverkeer nog steeds ten volle golden, dan wel of er sprake was van dienstverrichters die met hun eigen personeel (waarvoor het vrij verkeer van werknemers nog niet gold) ter uitvoering van een dienst naar Nederland kwamen.

Dat een lidstaat mocht controleren of het ging om dienstverrichting dan wel om het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, gedurende de periode dat toepassing van de artikelen 1 tot en met 6 van Verordening 1612/68 voor de nieuwe toetredende lidstaten was opgeschort, blijkt uit het arrest Rush Portuguesa (arrest van 27 maart 1990, zaak C-113/89). Het Hof van Justitie overwoog in punt 16 van dit arrest dat het begrip dienstverrichting activiteiten van zeer uiteenlopende aard omvat en niet voor alle gevallen tot dezelfde conclusie leidt. Ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen zijn, aldus het Hof in punt 16, weliswaar dienstverrichter in de zin van het Verdrag, maar verrichten werkzaamheden die juist tot doel hebben werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat. De lidstaten moeten, zo vervolgt het Hof in punt 17, gedurende de overgangperiode wel kunnen nagaan of een onderneming de vrijheid van dienstverrichting niet gebruikt voor een ander doel, bijvoorbeeld ten einde haar personeel te laten overkomen of werknemers in strijd met de overgangsbepalingen werk te verschaffen of ter beschikking te stellen.

Deze overweging is als overweging 39 overigens ook te lezen in het arrest Commissie tegen Luxemburg (arrest van 21 oktober 2004, zaak C-445/03). Wel moet deze controle volgens het Hof geschieden met inachtneming van de door het gemeenschapsrecht gestelde beperkingen, mag de vrijheid van de dienstverrichter niet illusoir worden gemaakt en mag de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting niet aan de beoordelingsvrijheid van de

administratie worden onderworpen (zie ook voornoemd arrest Commissie tegen Luxemburg, punt 40).

Nederland had de toepassing van de artikelen 1 tot en met 6 van verordening 1612/68 zoals verwoord in de bijlagen V, VI, VIII, IX, X, XII, XIII en XIV, waarnaar in artikel 24 van de Toetredingsakte wordt verwezen, opgeschort. Dit betekende dat het vrij verkeer van werknemers nog niet van toepassing was op werknemers uit Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Polen, Slovenië, Slowakije en Tsjechië.

Gelet op de feiten en omstandigheden van dit geval is er geen sprake van grensoverschrijdende dienstverlening waarvoor geen tewerkstellingsvergunning is vereist, maar is er sprake van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Immers, de vreemdelingen kregen werkinstructies/opdrachten van uw cliënte, zodat zij onder toezicht en leiding van uw cliënte arbeid verrichten. Voorts blijkt uit de stukken dat de werkzaamheden uitgevoerd werden met materialen van uw cliënte, zodat er ook om die reden geen sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening.

Artikel 6 EVRM

Het systeem van de bestuurlijke boete is niet in strijd met artikel 6 EVRM zolang beroep openstaat bij de rechter die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Nu beroep openstaat bij de bestuursrechter, die aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, is aan deze voorwaarde voldaan. Artikel 6 EVRM brengt niet mee dat de staat slechts een boete op mag leggen als zij de schuld van uw cliënte heeft aangetoond. Schuld in de zin van verwijtbaarheid mag worden verondersteld zolang uw cliënte de gelegenheid krijgt om aannemelijk te maken dat de overtreding haar niet verweten kan worden. De stelling dat sprake is van omkering van de bewijslast is dan ook niet juist. Het is in beginsel aan het bestuursorgaan om te bewijzen/aannemelijk te maken dat de desbetreffende werkgever een overtreding in de zin van de Wav heeft begaan. Er is pas sprake van een overtreding als aan alle vereisten van artikel 2, eerste lid, Wav is voldaan. De enkele omstandigheid dat men werkgever is, is dus onvoldoende. Heeft het bestuursorgaan dit echter bewezen, is het vervolgens aan uw cliënte de om te stellen en aannemelijk te maken dat er geen sprake is van een overtreding dan wel dat uw cliënte geen verwijt kan worden gemaakt.

Nu er acht vreemdelingen arbeid hebben verricht zonder dat uw cliënte als feitelijk werkgever noch als formeel werkgever ten aanzien van hen in het bezit was van de tewerkstellingsvergunningen, is er wel degelijk sprake van acht overtredingen van artikel 2, eerste lid, Wav. De beboeting vindt plaats per overtreding zoals is weergegeven in artikel 1 van de Beleidsregels 2007.

Met betrekking tot hetgeen uw cliënte heeft gesteld omtrent de onschuldpresumptie verwijst ik naar de Memorie van Toelichting op de wijziging van de Wav in verband met de invoering van de bestuursrechtelijke handhaving (Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen) (Tweede Kamer, 2003-2004, 29 523, nr. 3, pag. 7 en 8) waarin is bepaald:

“De onschuldpresumptie verzet zich niet tegen een bestraffing in de bestuurlijke fase van eenvoudig vast te stellen feiten, waaraan geen beoordeling van opzet of schuld te pas komt, zolang degene die de boete krijgt opgelegd de mogelijkheid heeft om het tegenbewijs te leveren. De met een boete te bestraffen overtredingen in de Wet arbeid vreemdelingen zijn in

veel gevallen betrekkelijk eenvoudig vast te stellen aan de hand van de gegevens die op grond van de wet verschaft moeten worden. De onschuldpresumptie is ook van betekenis voor de vraag of de tenuitvoerlegging van de opgelegde boete (de invordering) toelaatbaar is in een situatie dat een rechterlijke instantie zich nog niet over de zaak heeft uitgesproken. In het onderhavige wetsvoorstel is geen afwijking gegeven van hetgeen in de Algemene wet bestuursrecht terzake is geregeld (zie artikel 6:16 Awb) en dat betekent dat het instellen van bezwaar of beroep geen schorsende werking heeft. Het verlenen van schorsende werking zou in strijd zijn met de doelstelling van de bestuurlijke boete, namelijk het bestrijden van illegale tewerkstelling door middel van een lik op stuk beleid. (...)"

De stelling van uw cliënte dat er aan het bezwaarschrift schorsende werking had moeten worden toegekend is dan ook onjuist.

Geen straf zonder schuld

Uw cliënte is van mening dat haar geen enkel verwijt kan worden gemaakt. Bij het opleggen van een bestuurlijke boete hoeft verwijtbaarheid niet te worden aangetoond en kan een boete worden opgelegd als vaststaat dat artikel 2, eerste lid Wav, is overtreden. Echter, bij het bepalen van de hoogte van de boete vereist de evenredigheidsbeoordeling dat de verwijtbaarheid van het beboetbare feit in de besluitvorming wordt betrokken. Bij het volledig ontbreken van verwijtbaarheid kan een boete niet worden opgelegd en verder kan een beperkte mate van verwijtbaarheid een grond zijn om de boete te matigen. Het is aan uw cliënte om een beroep te doen op de afwezigheid van verwijtbaarheid en deze afwezigheid te onderbouwen. Er is sprake van verwijtbaarheid als de werkgever niet alles heeft gedaan wat in redelijkheid van hem verwacht mag worden om de overtreding te voorkomen.

Aangaande de verwijtbaarheid van uw cliënte overweeg ik het volgende. Uw cliënte was de feitelijk werkgever van de acht vreemdelingen. Derhalve had zij moeten controleren of aan alle voorwaarden van de Wav werd voldaan. Nu uw cliënte dit heeft nagelaten heeft uw cliënte niet alles gedaan wat in redelijkheid van haar verwacht mag worden. De overtreding is uw cliënte dan ook verwijtbaar.

Toepassing legaliteitsbeginsel

Nederland had op het recht op het vrij verkeer van werknemers met de Poolse nationaliteit een voorbehoud gemaakt waar in de Toetredingsakte met Polen naar wordt verwezen. Indien een werkgever een werknemer met voornoemde nationaliteit arbeid wilde laten verrichten, diende hij voor aanvang van die arbeid in het bezit te zijn van een tewerkstellingsvergunning. De omstandigheid dat op 1 mei 2007 de arbeidsmarkt is geopend voor werknemers met voornoemde nationaliteit levert geen verandering op van de strafwaardigheid van de Wav, omdat artikel 2, eerste lid, van de Wav onveranderd is gebleven. Constatie van het laten verrichten van arbeid door een vreemdeling zonder de vereiste tewerkstellingsvergunning leidt derhalve onveranderd tot overtreding van artikel 2, eerste lid, Wav alsmede tot een boete van € 8.000, - respectievelijk € 4.000, - per overtreding (zie hiertoe ook TK 2006-2007, 29407, nr. 62, p.4). Ten tijde van het maken van het voorbehoud was reeds bekend dat deze maatregel van beperkte duur zou zijn. Achteraf goedkeuren van overtredingen zou het voorbehoud illusoir maken en in overeenkomstige situaties eenzelfde voorbehoud op voorhand al ontkrachten. Gelet op het bovenstaande kan niet geconcludeerd worden tot strijd met de artikelen 6 EVRM en 15 IVBPR.

In haar uitspraak van 11 juli 2007 no. 200700299/1 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State als volgt overwogen: "Dat ten tijde van belang reeds bekend was dat op termijn ook werknemers uit Polen onder de werkingssfeer van het vrij verkeer van werknemers zouden vallen, leidt evenmin tot de conclusie dat toepassing van de Wav in dit geval in strijd zou zijn met EG-regelgeving".

Boete onevenredig hoog

Uw cliënte stelt dat de boete onevenredig hoog is. Hierover wil ik het volgende opmerken. In de Memorie van Antwoord bij de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav van 19 oktober 2004 (Eerste Kamer, 2004-2005, 29523 C) is het volgende gesteld: "*Nu de Tweede Kamer unaniem heeft aangegeven dat zij de boetehoogte wil vaststellen op € 4.000,- en € 8.000,- per illegaal te werk gestelde vreemdeling door een natuurlijk persoon, respectievelijk een rechtspersoon, zal ik deze wens respecteren en de boetehoogte als zodanig vaststellen*".

Deze wens heb ik gevolgd in mijn besluit tot vaststelling van de Beleidsregels. Op grond van Beleidsregel 1 (thans: artikel 1 van de Beleidsregels 2007) en de daarbij behorende Tarieflijst bedraagt de boete voor een rechtspersoon € 8.000,- per overtreding van artikel 2 lid 1 Wav. De wetgever heeft geoordeeld dat de in deze Beleidsregels neergelegde normbedragen proportioneel en redelijk zijn indien de bepalingen van de Wav worden overtreden. De in dit geval opgelegde boete is met de Beleidsregels in overeenstemming, aangezien het in het onderhavige geval om een rechtspersoon gaat. De boetebedragen zijn in de Beleidsregels 2007 ongewijzigd gebleven.

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. Dit blijkt ook uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 22 maart 2006. De afdeling bevestigde daarin de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 13 oktober 2005

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.

Van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb, op grond waarvan de toepassing van de boetenormbedragen voor uw cliënte tot onevenredige gevolgen zou leiden, is mij niet 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 de illegale tewerkstelling streng te bestrijden en verdringing van Nederlands arbeidsaanbod krachtig tegen te gaan. Daarbij is de hoogte van de normbedragen afgestemd op het strafwaardig karakter van het niet naleven van de voorschriften van de Wav en op de afschrikwekkende werking die van boetebedragen moet uitgaan. Bij bijzondere omstandigheden gaat het om individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter.

Financiële draagkracht van een belanghebbende vormt, ook volgens bestendige rechtspraak, in beginsel geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan moet worden afgeweken van

de Beleidsregels. Immers, hieruit blijkt niet van evidente bijzondere omstandigheden met een zeer uitzonderlijk karakter.

Daarboven speelt dat uw cliënte onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij over onvoldoende liquide middelen beschikt om de opgelegde boete te betalen. Uw cliënte heeft ter onderbouwing stukken overgelegd die laten zien dat het voor uw cliënte, mede gelet op een betalingsregeling die zij kan treffen, niet onmogelijk is de boete te betalen. Voorts behoort een kwetsbare bedrijfseconomische positie tot het normale ondernemersrisico dat elke ondernemer en dus ook uw cliënte loopt.

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

Gelet op het voorgaande concludeer ik dat de boete op goede gronden is opgelegd.

Uw cliënte verzoekt om vergoeding van de proceskosten van juridische bijstand in bezwaar. Op dit verzoek is artikel 7:15, tweede lid Awb van toepassing. Op grond daarvan heeft een bestuursorgaan uitsluitend de kosten in verband met de behandeling van het bezwaar te vergoeden indien het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Nu van het herroepen van de onderhavige boetebeschikking geen sprake is, wijs ik uw verzoek om kosten van rechtsbijstand af.

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 geen aanleiding de opgelegde boete te herzien dan wel het bestreden besluit in te trekken.

Gelet op het voorgaande verklaar ik uw bezwaarschrift ongegrond. Dit betekent dat de beschikking van 13 december 2006 met kenmerk 070604225/03 ongewijzigd in stand blijft.

Uw cliënte verzoekt om vergoeding van de proceskosten van juridische bijstand in bezwaar. Op dit verzoek is artikel 7:15, tweede lid Awb van toepassing. Op grond daarvan heeft een bestuursorgaan uitsluitend de kosten in verband met de behandeling van het bezwaar te vergoeden indien het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Nu van het herroepen van de onderhavige boetebeschikking geen sprake is, wijs ik uw verzoek om kosten van rechtsbijstand af.

Hoogachtend,
de Minister 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 Maastricht ligt binnen het rechtsgebied van de rechtbank Rechtbank Maastricht, Postbus 1988, 6201 BZ te Maastricht. 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 MAASTRICHT

Sector Bestuursrecht

Procedurenummer: AWB 07 / 1753

Uitspraak van de enkelvoudige kamer voor bestuursrechtelijke zaken

in het geding tussen

, gevestigd te , eiseres,

en

de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, verweerder.

Datum bestreden besluit: 12 september 2007

Kenmerk: AI/JZ/2007/2496/BOB

1. Ontstaan en loop van het geding

In deze uitspraak wordt onder verweerder tevens verstaan de rechtsvoorganger van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, als het bevoegde bestuursorgaan in procedures als de onderhavige.

Bij brief van 11 oktober 2007 heeft eiseres beroep ingesteld tegen het in de aanhef genoemde besluit van 12 september 2007.

De door verweerder ter uitvoering van artikel 8:42 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ingezonden stukken zijn in kopie aan de gemachtigde van eiseres, A.J.T.J. Meuwissen, advocaat te Maasbracht, gezonden, evenals het door verweerder ingediende verweerschrift van 6 november 2007.

Het beroep is behandeld ter zitting van deze rechtbank op 29 mei 2008, waar eiseres is verschenen bij haar gemachtigde. Tevens is verschenen. Verweerder heeft zich ter zitting doen vertegenwoordigen door H.A.W. Stiekema.

2. Overwegingen

Verweerder heeft vastgesteld dat eiseres op 21 december 2005 de bepalingen van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) heeft overtreden. Het in dat kader door de inspecteurs van de Arbeidsinspectie J.M.F. Wijnands, L.C.W. Cuijpers, M.H. Dreissen en W.H.P. Janssen op 19 september 2006 opgestelde boeterapport is aan eiseres verzonden.

Blijkens het op ambtsbelofte door genoemde inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakt boeterapport van 19 september 2006 is door hen geconstateerd dat op 21 december 2005 in de onderneming van eiser aan de 11 personen zijn aangetroffen die arbeid

verrichten, bestaande uit het verwerken, snijden en inpakken van vlees. De productiemedewerkers bleken 4 personen te zijn met de Nederlandse nationaliteit en 7 personen met de Poolse nationaliteit. Van de werkzame personen bleken 7 personen illegaal te zijn tewerkgesteld. Eiser bleek niet te beschikken over tewerkstellingsvergunningen voor de 7 vreemdelingen (Polen). Het ontbreken van tewerkstellingsvergunningen is gebleken uit navraag bij de Centrale organisatie Werk en Inkomen.

Vervolgens heeft verweerder het primaire besluit van 13 december 2006 genomen. Eiseres heeft tegen dat besluit bezwaar gemaakt; dit bezwaar is bij het thans bestreden besluit ongegrond verklaard.

Aan het bestreden besluit ligt ten grondslag dat is voldaan aan de vereisten van artikel 2, eerste lid, van de Wav en daarom terecht een bestuurlijke boete is opgelegd van € 56.000,--. Eiseres stelt dat de vreemdelingen arbeid als stagiaires hebben verricht. Eiseres beschikt niet over stageovereenkomsten van de betreffende vreemdelingen en een Nederlandse onderwijsinstelling. Gelet hierop hebben de vreemdelingen arbeid verricht voor eiseres. Voorts is geen sprake van grensoverschrijdende dienstverlening maar van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 van de Awb is niet gebleken.

Eiseres kan zich daarmee niet verenigen en heeft daartoe in beroep -samengevat- aangevoerd dat de bestreden beslissing onvoldoende is gemotiveerd en in strijd is met de wettelijke bepalingen nu niet inzichtelijk is gemaakt waarom eiseres de Wav heeft overtreden. Eiseres heeft een samenwerkingsovereenkomst met haar dochteronderneming, te weten , op basis waarvan stagiaires van de onderneming in Polen hun school in Nederland kunnen voltooien. Eiseres is van mening dat er voor stage in een incompany-traject geen tewerkstellingsvergunningen noodzakelijk zijn. Eiseres wordt ten onrechte als werkgever aangemerkt. Indien sprake is van werkgeverschap levert de vermeende overtreding geen strafbaarheid op omdat de betreffende bepalingen in de Uitvoeringsregels Wet arbeid vreemdelingen, behorende bij het Delegatiebesluit (hierna: de Uitvoeringsregels Wav) in strijd zijn met het recht op gelijke behandeling ingevolge artikel 1 van de Grondwet en artikel 23 van de Grondwet. Voorts is het boeterapport niet, zoals de wet voorschrijft, ten spoedigste opgemaakt. Verder is voor de diverse getuigenverhoren geen cautie gegeven. Tevens is er een procedureel belang geschaad omdat eiseres dan wel een vertegenwoordiger niet bij de getuigenverhoren aanwezig mocht zijn. In de bezwaarfase is verder niet onderzocht of er sprake is van vrijheid van verkeer van kapitaal en sprake is van vrijheid van dienstverlening. Verder betoogt eiseres dat het opleggen van de boete in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Ook is er geen sprake van proportionaliteit. De opgelegde boete betekent voor eiseres een onevenredig grote financiële last en is in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Ten slotte betoogt eiseres dat de verbaliserende ambtenaren van de Arbeidsinspectie in strijd met de waarheid een proces-verbaal hebben opgemaakt.

In dit geding dient de rechtbank, in het licht van het gestelde in het beroepschrift, te beoordelen of het bestreden besluit in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel dan wel met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

De rechtbank komt dienaangaande tot de volgende beoordeling.

In artikel 1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wav is bepaald dat onder een vreemdeling wordt verstaan hetgeen daaronder wordt volstaan in de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000).

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder een tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b sub 1, respectievelijk onder c, van de Wav wordt als werkgever aangemerkt degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten, en als vreemdeling hetgeen daaronder wordt verstaan in de Vreemdelingenwet 2000.

Ingevolge artikel 18 van de Wav wordt (onder meer) het niet naleven van artikel 2, eerste lid, van de Wav als beboetbaar feit aangemerkt.

In artikel 19a, eerste lid, van de Wav is bepaald dat een daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar, namens hem de boete oplegt aan degene op wie de verplichtingen rusten, welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

In artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wav is aangegeven dat de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een rechtspersoon, gelijk is aan de geldsom van ten hoogste € 45.000,--.

In het derde lid is bepaald dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid beleidsregels vaststelt, waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Ingevolge beleidsregel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav, zoals geldend ten tijde van het bestreden besluit, wordt bij de berekening van de boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wav, voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav (Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd. Ingevolge de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav gesteld op € 8.000,--.

Inmiddels is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) bij uitspraak van 22 maart 2006 (LJN: AV6279 en gepubliceerd in AB 2006, 133) uitgemaakt, dat het opleggen van een bestuurlijke boete, zoals hier aan de orde, een discretionaire bevoegdheid betreft waarvan gebruik kan - maar niet onder alle omstandigheden behoeft te - worden gemaakt. De bij het bestreden besluit gehandhaafde bestuurlijke boete is aan te merken als een punitieve sanctie. Door de rechtbank dient daarom, mede gelet op artikel 6 van het EVRM, in volle omvang te worden getoetst of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding.

Uit de gedingstukken en met name het in voormeld boeterapport genoemde samenstel van feiten en omstandigheden maakt de rechtbank op dat (voldoende aannemelijk is geworden dat) eiseres 7 arbeidskrachten (Polen) arbeid heeft laten verrichten, bestaande uit het wegen en inpakken van vlees. Dat er, zoals door eiseres gesteld, in strijd met de waarheid een proces verbaal is opgemaakt is de rechtbank niet gebleken.

Eiseres betoogt dat geen sprake is van werkgeverschap. Volgens paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels Wav, voorzover thans van belang, kan voor vreemdelingen die arbeid verrichten die noodzakelijk is ter voltooiing van hun opleiding, voor maximaal een jaar een tewerkstellingsvergunning worden verleend zonder toepassing van artikel 8, eerste lid, aanhef en onder a, b, en d, van de Wav. De rechtbank is van oordeel dat, indien al sprake zou zijn van stage, de vreemdelingen niet vallen onder één van de categorieën vreemdelingen die van de werkingssfeer van de Wav zijn uitgezonderd. Ook voor een stage in het kader van een hier te lande gevolgde studie is een tewerkstellingsvergunning vereist, zij het dat volgens paragraaf 24, van de Uitvoeringsregels Wav niet wordt getoetst aan prioriteitgenietend aanbod, als bedoeld in artikel 8, eerste lid, aanhef en onder a, b en d, van de Wav. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wav (Memorie van Antwoord, Kamerstukken II 1993-1994, 23 574, nr. 5, p. 2) heeft de wetgever met de gekozen definitie willen vastleggen dat voor de toepassing van de Wav iedereen werkgever is, die een ander in het kader van ambt, beroep of bedrijf arbeid laat verrichten. Of daarbij sprake is van een arbeidsovereenkomst of een gezagsverhouding is niet van belang. Evenmin is van belang of de arbeid of dienstverlening tegen beloning plaatsvindt, nu de Wav geen onderscheid maakt tussen betaalde en onbetaalde arbeid. Diegene die de vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten is derhalve vergunningplichtig. Van de door eiseres gestelde strijd met de artikelen 1 en 23 van de Grondwet is de rechtbank niet gebleken.

Eiseres betoogt vervolgens dat, samengevat weergegeven, verweerder heeft miskend dat het bestreden besluit in strijd is met de artikelen 39, 49 en 50 van het EG-Verdrag. Dit betoog faalt. Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 2 augustus 2006 (zaak no. 200601393/1) valt het in Nederland enkel ter beschikking stellen van eigen werknemers door een Poolse onderneming weliswaar 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 maatregelen te treffen om de toegang van deze werknemers tot de arbeidsmarkt te regelen. De rechtbank is van oordeel dat verweerder zicht terecht op het standpunt heeft gesteld dat sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (uitzendarbeid) en geen dienstverlening. De rechtbank verwijst daarvoor naar het arrest van het HvJEG van 19 maart 1990 in de zaal Rush Portuguesa (C113/89, RV 1990, 89).

Voor zover eiseres nog heeft betoogd dat de opgelegde boete niet onverkort kan worden gehandhaafd, omdat inmiddels het verbod om personen van Poolse nationaliteit arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning is komen te vervallen, nu met ingang van 1 mei 2007 Poolse werknemers vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt hebben, overweegt de rechtbank daartoe het volgende. Sinds laatst genoemde datum is voor het laten verrichten van arbeid in Nederland door Poolse werknemers geen tewerkstellingsvergunning meer vereist, hetgeen is gelegen in de omstandigheid dat het vereiste uit hoofde van het overgangsregime (dat is neergelegd in Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen) slechts een tijdelijk karakter had, te weten van 1 mei 2004 tot 1 mei 2007, niet omdat het inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van de geconstateerde overtreding is gewijzigd.

Verder heeft eiseres aangevoerd dat het boeterapport niet ten spoedigste is opgemaakt, waardoor aan hetgeen in proces-verbaal staat kan worden getwijfeld. De rechtbank stelt vast dat in artikel 19e, derde lid, van de Wav is bepaald dat een boetebeschikking wordt gegeven

binnen 13 weken na de datum van de dagtekening van het boeterapport. Dit is geen fatale termijn. In artikel 19f, eerste lid, van de Wav is bepaald dat de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen na twee jaar verloopt. De rechtbank stelt, gelet hierop, vast dat de boete binnen de termijn van twee jaar is opgelegd. Daarenboven is niet gebleken dat eiseres door de overschrijding van de in artikel 19e van de Wav neergelegde termijn in haar belangen is geschaad.

Ten aanzien van de stelling van eiseres dat de door de vreemdelingen afgelegde verklaringen niet aan het besluit ten grondslag kunnen worden gelegd, omdat de vreemdelingen ten onrechte niet de zogenoemde cautie is gegeven, overweegt de rechtbank als volgt. Ingevolge artikel 18b, eerste lid, van de Wav maakt de toezichthouder, indien hij vaststelt dat een beboetbaar feit is begaan, daarvan zo spoedig mogelijk een rapport op. Ingevolge het derde lid is, indien de toezichthouder, bedoeld in het eerste lid, jegens de bij een beboetbaar feit betrokken persoon een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat jegens hem wegens het begaan van het beboetbare feit een rapport als bedoeld in het eerste lid zal worden opgemaakt, die persoon niet langer verplicht ter zake enige verklaring af te leggen. De in de eerste volzin bedoelde persoon wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

Gelet op voormeld artikel 18b van de Wav overweegt de rechtbank dat het geven van de cautie niet was vereist, omdat de vreemdelingen slechts als getuigen zijn gehoord. Nu de vreemdelingen niet kenbaar hebben gemaakt dat hun verklaringen onjuist zouden zijn weergegeven, dient van de juistheid van de inhoud van de op ambtsbelofte opgemaakte en ondertekende rapporten te worden uitgegaan.

Gelet op de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden stelt de rechtbank vast dat verweerder terecht heeft geconcludeerd dat eiseres als werkgever heeft gehandeld in strijd met het verbod van artikel 2, eerste lid, van de Wav zodat verweerder zich terecht bevoegd heeft geacht om deswege een bestuurlijke boete op te leggen.

De rechtbank is van oordeel dat door eiseres voorschriften zijn overtreden die gesteld zijn ter bestrijding van illegale tewerkstelling van personen. Blijkens de Memorie van Toelichting (Kamerstukken Tweede Kamer, 2003-2004, 29 523, nr. 3, p.1) zijn die voorschriften gegeven ter bestrijding van verdringing van legaal arbeidsaanbod in Nederland en de Europese Economische Ruimte op de arbeidsmarkt, overtreding van normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden, die kan leiden tot uitbuiting van de illegaal tewerkgestelde vreemdeling en concurrentievervalsing binnen een sector, waardoor de bedrijfsvoering van bonafide werkgevers wordt geschaad.

Naar het oordeel van de rechtbank zijn, gelet op het met de wet beoogde doel en uit oogpunt van een hanteerbaar en consistent straftoemtingsbeleid, de door verweerder in de bijlage bij de Beleidsregels vastgestelde boetebedragen van € 8.000,- (per overtreding) voor beboetbare feiten als hier aan de orde, niet onevenredig hoog.

Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 12 maart 2008 (LJN: BC6444), in navolging van haar uitspraak van 11 juli 2007 (LJN: BA9310), is bij een besluit tot boeteoplegging het in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde evenredigheidsbeginsel aan de orde. Als de toepassing van de beleidsregels voor een belanghebbende gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen, dan moet van deze beleidsregels worden afgeweken. Bij bijzondere omstandigheden die tot matiging aanleiding geven gaat

het in ieder geval, mede gelet op artikel 4:84 van de Awb, om individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter. De rechtbank heeft derhalve geen grond gevonden voor het oordeel dat de boete dient te worden gematigd.

Gelet op de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden en met name in het licht van de vaste jurisprudentie van de Afdeling in zaken als de onderhavige is de rechtbank van oordeel dat verweerder terecht heeft geconcludeerd dat eiseres als werkgever ten aanzien van 7 vreemdelingen heeft gehandeld in strijd met het verbod van artikel 2, eerste lid, van de Wav, zodat verweerder zich terecht bevoegd heeft geacht om deswege een bestuurlijke boete op te leggen van € 56.000,-- (7 maal € 8000,--).

Ook overigens is de rechtbank niet gebleken, dat het bestreden besluit in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel dan wel met enig algemeen rechtsbeginsel.

Gelet op voorgaande overwegingen kunnen de in beroep naar voren gebrachte gronden niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit, zodat het beroep van eiseres ongegrond dient te worden verklaard.

Gelet op artikel 8:70 van de Awb wordt als volgt beslist.

3. Beslissing

De rechtbank Maastricht:

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gedaan door R.J.G.H. Seerden als rechter in tegenwoordigheid van A.J.A. Poulissen als griffier en in het openbaar uitgesproken op 15 JUL 2008 door R. Seerden voornoemd in tegenwoordigheid van voornoemde griffier.

w.g. A. Poulissen

w.g. R. Seerden

Voor eensluidend afschrift,
de griffier,



Verzonden: 15 JUL 2008

Voor belanghebbenden en het bestuursorgaan staat tegen deze uitspraak het rechtsmiddel hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 20019, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het instellen van het hoger beroep bedraagt zes weken na de datum van verzending van deze uitspraak.

Indien hoger beroep is ingesteld kan ingevolge het bepaalde in artikel 39 van de Wet op de Raad van State juncto artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op verzoek een voorlopige voorziening treffen, indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

uitspraak

RECHTBANK MAASTRICHT

Sector Bestuursrecht

Procedurenummer: AWB 07 / 1752

Uitspraak van de enkelvoudige kamer voor bestuursrechtelijke zaken

in het geding tussen

, gevestigd te , eiseres,

en

de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, verweerder.

Datum bestreden besluit: 19 september 2007

Kenmerk: AI/JZ/2007/2495/BOB

1. Ontstaan en loop van het geding

In deze uitspraak wordt onder verweerder tevens verstaan de rechtsvoorganger van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, als het bevoegde bestuursorgaan in procedures als de onderhavige.

Bij brief van 11 oktober 2007 heeft eiseres beroep ingesteld tegen het in de aanhef genoemde besluit van 19 september 2007.

De door verweerder ter uitvoering van artikel 8:42 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ingezonden stukken zijn in kopie aan de gemachtigde van eiseres, A.J.T.J. Meuwissen, advocaat te Maasbracht, gezonden, evenals het door verweerder ingediende verweerschrift van 6 november 2007.

Het beroep is behandeld ter zitting van deze rechtbank op 29 mei 2008, waar eiseres is verschenen bij haar gemachtigde. Tevens is verschenen. Verweerder heeft zich ter zitting doen vertegenwoordigen door H.A.W. Stiekema.

2. Overwegingen

Verweerder heeft vastgesteld dat eiseres op 15 november 2005 de bepalingen van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) heeft overtreden. Het in dat kader door de inspecteurs van de Arbeidsinspectie J.M.F. Wijnands, L.G.M. Bruynen, W. Ramschie, E.H. Maas, M.J.M. Eggen en W.H.P. Janssen op 19 september 2006 opgestelde boeterapport is aan eiseres verzonden.

Blijkens het op ambtsbelofte door genoemde inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakt boeterapport van 19 september 2006 is door hen geconstateerd dat op 15 november 2005 in de onderneming van eiseres aan de 12 personen zijn aangetroffen die arbeid

verrichten, bestaande uit het verwerken, snijden en inpakken van vlees. De productiemedewerkers bleken 4 personen te zijn met de Nederlandse nationaliteit en 8 personen met de Poolse nationaliteit. Van de werkzame personen bleken 8 personen illegaal te zijn tewerkgesteld. Eiseres bleek niet te beschikken over tewerkstellingsvergunningen voor de 8 vreemdelingen (Polen). Het ontbreken van tewerkstellingsvergunningen is gebleken uit navraag bij de Centrale organisatie Werk en Inkomen.

Vervolgens heeft verweerder het primaire besluit van 13 december 2006 genomen. Eiseres heeft tegen dat besluit bezwaar gemaakt; dit bezwaar is bij het thans bestreden besluit ongegrond verklaard.

Aan het bestreden besluit ligt ten grondslag dat is voldaan aan de vereisten van artikel 2, eerste lid, van de Wav en daarom terecht een bestuurlijke boete is opgelegd van € 64.000,--. Eiseres stelt dat de vreemdelingen arbeid als stagiaires hebben verricht. Eiseres beschikt niet over stageovereenkomsten van de betreffende vreemdelingen en een Nederlandse onderwijsinstelling. Gelet hierop hebben de vreemdelingen arbeid verricht voor eiseres. Voorts is geen sprake van grensoverschrijdende dienstverlening maar van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 van de Awb is niet gebleken.

Eiseres kan zich daarmee niet verenigen en heeft daartoe in beroep -samengevat- aangevoerd dat de bestreden beslissing onvoldoende is gemotiveerd en in strijd is met de wettelijke bepalingen nu niet inzichtelijk is gemaakt waarom eiseres de Wav heeft overtreden. Eiseres heeft een samenwerkingsovereenkomst met haar dochteronderneming, te weten

, op basis waarvan stagiaires van de onderneming in Polen hun school in Nederland kunnen voltooien. Eiseres is van mening dat er voor stage in een incompany-traject geen tewerkstellingsvergunningen noodzakelijk zijn. Eiseres wordt ten onrechte als werkgever aangemerkt. Indien sprake is van werkgeverschap levert de vermeende overtreding geen strafbaarheid op omdat de betreffende bepalingen in de Uitvoeringsregels Wet arbeid vreemdelingen, behorende bij het Delegatiebesluit (hierna: de Uitvoeringsregels Wav) in strijd zijn met het recht op gelijke behandeling ingevolge artikel 1 van de Grondwet en artikel 23 van de Grondwet. Voorts is het boeterapport niet, zoals de wet voorschrijft, ten spoedigste opgemaakt. Verder is voor de diverse getuigenverhoren geen cautie gegeven. Tevens is er een procedureel belang geschaad omdat eiseres dan wel een vertegenwoordiger niet bij de getuigenverhoren aanwezig mochten zijn.

In de bezwaarfase is verder niet onderzocht of er sprake is van vrijheid van verkeer en sprake is van vrijheid van dienstverlening. Verder betoogt eiseres dat het opleggen van de boete in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Ook is er geen sprake van proportionaliteit. De opgelegde boete betekent voor eiseres een onevenredig grote financiële last en is in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Ten slotte betoogt eiseres dat de verbaliserende ambtenaren van de Arbeidsinspectie in strijd met de waarheid een proces-verbaal hebben opgemaakt.

In dit geding dient de rechtbank, in het licht van het gestelde in het beroepschrift, te beoordelen of het bestreden besluit in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel dan wel met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

De rechtbank komt dienaangaande tot de volgende beoordeling.

In artikel 1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wav is bepaald dat onder een vreemdeling wordt verstaan hetgeen daaronder wordt volstaan in de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000).

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder een tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b sub 1, respectievelijk onder c, van de Wav wordt als werkgever aangemerkt degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten, en als vreemdeling hetgeen daaronder wordt verstaan in de Vreemdelingenwet 2000.

Ingevolge artikel 18 van de Wav wordt (onder meer) het niet naleven van artikel 2, eerste lid, van de Wav als beboetbaar feit aangemerkt.

In artikel 19a, eerste lid, van de Wav is bepaald dat een daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar, namens hem de boete oplegt aan degene op wie de verplichtingen rusten, welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

In artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wav is aangegeven dat de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een rechtspersoon, gelijk is aan de geldsom van ten hoogste € 45.000,—. In het derde lid is bepaald dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid beleidsregels vaststelt, waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Ingevolge beleidsregel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav, zoals geldend ten tijde van het bestreden besluit, wordt bij de berekening van de boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wav, voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav (Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd. Ingevolge de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav gesteld op € 8.000,—.

Inmiddels is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) bij uitspraak van 22 maart 2006 (LJN: AV6279 en gepubliceerd in AB 2006, 133) uitgemaakt, dat het opleggen van een bestuurlijke boete, zoals hier aan de orde, een discretionaire bevoegdheid betreft waarvan gebruik kan - maar niet onder alle omstandigheden hoeft te - worden gemaakt. De bij het bestreden besluit gehandhaafde bestuurlijke boete is aan te merken als een punitieve sanctie. Door de rechtbank dient daarom, mede gelet op artikel 6 van het EVRM, in volle omvang te worden getoetst of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding.

Uit de gedingstukken en met name het in voormeld boeterapport genoemde samenstel van feiten en omstandigheden maakt de rechtbank op dat (voldoende aannemelijk is geworden dat) eiseres 8 arbeidskrachten (Polen) arbeid heeft laten verrichten, bestaande uit het wegen en inpakken van vlees. Dat er, zoals gesteld door eiseres, in strijd met de waarheid een proces verbaal is opgemaakt is de rechtbank niet gebleken.

Eiseres betoogt dat geen sprake is van werkgeverschap. Volgens paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels Wet arbeid vreemdelingen, behorende bij het Delegatiebesluit (hierna: de Uitvoeringsregels Wav), voorzover thans van belang, kan voor vreemdelingen die arbeid verrichten die noodzakelijk is ter voltooiing van hun opleiding, voor maximaal een jaar een tewerkstellingsvergunning worden verleend zonder toepassing van artikel 8, eerste lid, aanhef en onder a, b, en d, van de Wav. De rechtbank is van oordeel dat, indien al sprake zou zijn van stage, de vreemdelingen niet vallen onder één van de categorieën vreemdelingen die van de werkingssfeer van de Wav zijn uitgezonderd. Ook voor een stage in het kader van een hier te lande gevolgde studie is een tewerkstellingsvergunning vereist, zij het dat volgens paragraaf 24, van de Uitvoeringsregels Wav niet wordt getoetst aan prioriteitgenietend aanbod, als bedoeld in artikel 8, eerste lid, aanhef en onder a, b en d, van de Wav. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wav (Memorie van Antwoord, Kamerstukken II 1993-1994, 23 574, nr. 5, p. 2) heeft de wetgever met de gekozen definitie willen vastleggen dat voor de toepassing van de Wav iedereen werkgever is, die een ander in het kader van ambt, beroep of bedrijf arbeid laat verrichten. Of daarbij sprake is van een arbeidsovereenkomst of een gezagsverhouding is niet van belang. Evenmin is van belang of de arbeid of dienstverlening tegen beloning plaatsvindt, nu de Wav geen onderscheid maakt tussen betaalde en onbetaalde arbeid. Diegene die de vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten is derhalve vergunningplichtig. Van de door eiseres gestelde strijd met de artikelen 1 en 23 van de Grondwet is de rechtbank niet gebleken.

Eiseres betoogt vervolgens dat, samengevat weergegeven, verweerder heeft miskend dat het bestreden besluit in strijd is met de artikelen 39, 49 en 50 van het EG-Verdrag. Dit betoog faalt. Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 2 augustus 2006 (zaak no. 200601393/1) valt het in Nederland enkel ter beschikking stellen van eigen werknemers door een Poolse onderneming weliswaar 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 maatregelen te treffen om de toegang van deze werknemers tot de arbeidsmarkt te regelen. De rechtbank is van oordeel dat verweerder zicht terecht op het standpunt heeft gesteld dat sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (uitzendarbeid) en geen dienstverlening. De rechtbank verwijst daarvoor naar het arrest van het HvJEG van 27 maart 1990 in de zaak Rush Portuguesa (C113/89, RV 1990, 89).

Voor zover eiseres nog heeft betoogd dat de opgelegde boete niet onverkort kan worden gehandhaafd, omdat inmiddels het verbod om personen van Poolse nationaliteit arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning is komen te vervallen, nu met ingang van 1 mei 2007 Poolse werknemers vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt hebben overweegt de rechtbank daartoe het volgende.

Sinds laatst genoemde datum is voor het laten verrichten van arbeid in Nederland door Poolse werknemers geen tewerkstellingsvergunning meer vereist, hetgeen is gelegen in de omstandigheid dat het vereiste uit hoofde van het overgangsregime (dat is neergelegd in Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen) slechts een tijdelijk karakter had, te weten van 1 mei 2004 tot 1 mei 2007, niet omdat het inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van de geconstateerde overtreding is gewijzigd.

Verder heeft eiseres aangevoerd het boeterapport niet ten spoedigste is opgemaakt, waardoor aan hetgeen in proces-verbaal staat kan worden getwijfeld. De rechtbank stelt vast dat in

artikel 19e, derde lid, van de Wav is bepaald dat een boetebeschikking wordt gegeven binnen 13 weken na de datum van de dagtekening van het boeterapport. Dit is geen fatale termijn. In artikel 19f, eerste lid, van de Wav is bepaald dat de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen na twee jaar verloopt. De rechtbank stelt, gelet hierop, vast dat de boete binnen de termijn van twee jaar is opgelegd. Daarenboven is niet gebleken dat eiseres door de overschrijding van de in artikel 19e van de Wav neergelegde termijn in haar belangen is geschaad.

Ten aanzien van de stelling van eiseres dat de door de vreemdelingen afgelegde verklaringen niet aan het besluit ten grondslag kunnen worden gelegd, omdat de vreemdelingen ten onrechte niet de zogenoemde cautie is gegeven, overweegt de rechtbank als volgt. Ingevolge artikel 18b, eerste lid, van de Wav maakt de toezichthouder, indien hij vaststelt dat een beboetbaar feit is begaan, daarvan zo spoedig mogelijk een rapport op. Ingevolge het derde lid is, indien de toezichthouder, bedoeld in het eerste lid, jegens de bij een beboetbaar feit betrokken persoon een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat jegens hem wegens het begaan van het beboetbare feit een rapport als bedoeld in het eerste lid zal worden opgemaakt, die persoon niet langer verplicht ter zake enige verklaring af te leggen. De in de eerste volzin bedoelde persoon wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

Gelet op voormeld artikel 18b van de Wav overweegt de rechtbank dat het geven van de cautie niet was vereist, omdat de vreemdelingen slechts als getuigen zijn gehoord. Nu de vreemdelingen niet kenbaar hebben gemaakt dat hun verklaringen onjuist zouden zijn weergegeven, dient van de juistheid van de inhoud van de op ambtsbelofte opgemaakte en ondertekende rapporten te worden uitgegaan.

Gelet op de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden stelt de rechtbank vast dat verweerder terecht heeft geconcludeerd dat eiseres als werkgever heeft gehandeld in strijd met het verbod van artikel 2, eerste lid, van de Wav, zodat verweerder zich terecht bevoegd heeft geacht om deswege een bestuurlijke boete op te leggen.

De rechtbank is van oordeel dat door eiseres voorschriften zijn overtreden die gesteld zijn ter bestrijding van illegale tewerkstelling van personen. Blijkens de Memorie van Toelichting (Kamerstukken Tweede Kamer, 2003-2004, 29 523, nr. 3, p.1) zijn die voorschriften gegeven ter bestrijding van verdringing van legaal arbeidsaanbod in Nederland en de Europese Economische Ruimte op de arbeidsmarkt, overtreding van normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden, die kan leiden tot uitbuiting van de illegaal tewerkgestelde vreemdeling en concurrentievervalsing binnen een sector, waardoor de bedrijfsvoering van bonafide werkgevers wordt geschaad.

Naar het oordeel van de rechtbank zijn, gelet op het met de wet beoogde doel en uit oogpunt van een hanteerbaar en consistent straftoemettingsbeleid, de door verweerder in de bijlage bij de Beleidsregels vastgestelde boetebedragen van € 8.000,- (per overtreding) voor beboetbare feiten als hier aan de orde, niet onevenredig hoog.

Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 12 maart 2008 (LJN: BC6444), in navolging van haar uitspraak van 11 juli 2007 (LJN: BA9310), is bij een besluit tot boeteoplegging het in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde evenredigheidsbeginsel aan de orde. Als de toepassing van de beleidsregels voor een belanghebbende gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen, dan moet van deze beleidsregels

worden afgeweken. Bij bijzondere omstandigheden die tot matiging aanleiding geven gaat het in ieder geval, mede gelet op artikel 4:84 van de Awb, om individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter. Naar het oordeel van de rechtbank is daar in dit geval geen sprake van. De rechtbank heeft derhalve geen grond gevonden voor het oordeel dat de boete dient te worden gematigd.

Gelet op de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden en met name in het licht van de vaste jurisprudentie van de Afdeling in zaken als de onderhavige, is de rechtbank van oordeel dat verweerder terecht heeft geconcludeerd dat eiseres als werkgever ten aanzien van 8 vreemdelingen heeft gehandeld in strijd met het verbod van artikel 2, eerste lid, van de Wav, zodat verweerder zich terecht bevoegd heeft geacht om deswege een bestuurlijke boete op te leggen van € 64.000,-- (8 maal € 8000,--).

Ook overigens is de rechtbank niet gebleken, dat het bestreden besluit in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel dan wel met enig algemeen rechtsbeginsel.

Gelet op voorgaande overwegingen kunnen de in beroep naar voren gebrachte gronden niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit, zodat het beroep van eiseres ongegrond dient te worden verklaard.

Gelet op artikel 8:70 van de Awb wordt als volgt beslist.

3. Beslissing

De rechtbank Maastricht:

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gedaan door R.J.G.H. Seerden als rechter in tegenwoordigheid van A.J.A. Poulissen als griffier en in het openbaar uitgesproken op **15 JUL 2008** door R. Seerden voornoemd in tegenwoordigheid van voornoemde griffier.

w.g. A. Poulissen

w.g. R. Seerden

Voor eensluidend afschrift,
de griffier,



Verzonden:

15 JUL 2008

Voor belanghebbenden en het bestuursorgaan staat tegen deze uitspraak het rechtsmiddel hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 20019, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het instellen van het hoger beroep bedraagt zes weken na de datum van verzending van deze uitspraak.

Indien hoger beroep is ingesteld kan ingevolge het bepaalde in artikel 39 van de Wet op de Raad van State juncto artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op verzoek een voorlopige voorziening treffen, indien onverwijld spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

kAntoor mr. Meuwissen

1.
AWB 1752

VOORAF PER TELEFAX: 070-365 13 80

Aan de Afdeling Bestuursrechtspraak
Raad van State
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

mr. A.J.T.J. Meuwissen
Advocaat & Procureur
Tipstraat 21
6051 CV Maasbracht
Correspondentie:
Postbus 7076
6050 AB Maasbracht
Tel.: 0475 - 35 08 88
Fax: 0475 - 35 05 86

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
26 AUG 2008	
ZAAKNR.	6539
AAN:	
BEHANDELD: DD:	PAR:

FAX 25/10

Maasbracht, 25 augustus 2008

Ref.nr.: AB 0062/05-am
Uw ref.:

Edelgrootachtbare college,
Betreft:

/ Minister van SZW; hoger beroepschrift

De rechtspersoon met beperkte aansprakelijkheid
, gevestigd te aan het adres
appellante, te dezer zake domicilie gekozen hebbende te 6051 CV Maasbracht, gemeente
Maasgouw, aan het adres Tipstraat 21 (Postbus 7076, 6050 AB Maasbracht) ten kantore
van de advocaat en procureur Mr A.J.T.J. Meuwissen welke door eiseres tot haar
gemachtigde wordt gesteld en als zodanig in rechte zal optreden;

dat appellante, in hoger beroep komt tegen de beslissing van de rechtbank Maastricht,
sector bestuursrecht, d.d. 15 juli 2008 onder procedurenummer 07/1752 WAV Z POA
gewezen en waarbij het beroep tegen de beslissing op bezwaar van 19 september 2007
waarbij het bezwaar tegen de boetebeschikking van de staatssecretaris van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid zoals namens deze door het Hoofd van de Afdeling Bestuurlijke Boete
is genomen op 13 december 2006 en per gelijke datum verzonden waarbij aan appellante
een boete van € 64.000,00 is opgelegd, door de Minister van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid ongegrond is verklaard, ongegrond is verklaard, in bijlage aangehecht;

dat appellante zich met de gronden en overwegingen niet kan verenigen;
dat appellante vooropstelt dat zij alle in bezwaar en beroep aangevoerde gronden van
bezwaar en/of beroep hier als woordelijk herhaald ingelast wenst te zien beschouwt nu deze
bezwaren in die diverse fases al van een afdoende motivering zijn voorzien.

Dat appellante van mening is dat de beslissing van de rechtbank onvoldoende is
gemotiveerd en in strijd met de wettelijke bepalingen terzake is genomen nu ook voorts niet
inzichtelijk is gemaakt waarom appellante niet als dienstverlener wordt aangemerkt,
respectievelijk strijd is met de vrijheid van kapitaal in de zin van het EG Verdrag.

Schending van artikel 6 EVRM en 14 lid 2 en 3 IVBPR

Appellante heeft in dit kader een aantal bezwaar/beroepsgronden aangevoerd, welke zij hier
als herhaald en ingelast wenst te zien.

Onjuiste (lees: geen) uitleg over onvolledig boete rapport

Appellante heeft zich in bezwaar en in beroep op het standpunt gesteld dat het boeterapport onvolledig en misleidend is en daardoor aan dit rapport niet de waarde kan worden toegekend die normaliter aan een ambtse dig opgemaakt proces-verbaal mag worden toegekend. Appellante heeft al gesteld dat het aanmerken als kennelijke verschrijvingen haar in dit kader te ver gaan.

Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch oordeelt in een arrest van 2 maart 2006 met parketnummer 20-004324-04 als volgt na gehouden getuigenverhoren van de inspecteurs van de Arbeidsinspectie:

“Op grond van het vorenstaande stelt het hof vast dat een aantal verbalisanten van de Arbeidsinspectie in het door hen op ambtse dig opgemaakt proces-verbaal waarnemingen hebben gerelateerd die essentieel zijn voor de vraag of het ten laste gelegde wettig en overtuigend kan worden bewezen, terwijl zij die waarnemingen in werkelijkheid niet hebben gedaan.

De advocaat generaal heeft (...) medegedeeld (..)

- dat de Arbeidsinspectie bij het opmaken van een procesverbaal gebruik maakt van zogenaamde standaard-tekstblokken die in vrijwel alle processenverbaal voorkomen;
- dat de hiervoor geciteerde passages dergelijke standaard-tekstblokken zijn;
- dat hij – verbalisant – die de tekstblokken in het proces-verbaal had laten staan, omdat hij er niet aan had gedacht dat het bij het onderhavige onderzoek anders was gegaan;
- dat zijn collega-verbalisanten het proces-verbaal kennelijk onzorgvuldig hebben gelezen en hebben ondertekend, omdat zij op hem – als meest ervaren verbalisant van het team – vertrouwen en over dergelijke tekstblokken heen lezen.

Mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, acht het hof niet aannemelijk geworden dat de verbalisanten van de Arbeidsinspectie doelbewust onwaarheden hebben gerelateerd in het door hen op ambtse dig opgemaakte proces-verbaal.

Niettemin is het hof van oordeel dat hier sprake is van een ernstige schending van beginselen van goede procesorde, waarbij met grove veronachtzaming van verdachtes belangen is tekort gedaan aan diens recht op een behoorlijke behandeling van de zaak. Dit brengt met zich mee dat het Openbaar Ministerie alsnog niet-ontvankelijk behoort te worden verklaard in zijn strafvervolg ing. “

Voorts zijn een aantal pertinente onjuistheden in het procesverbaal van getuigenverhoor aanwezig.

De rechtbank stelt dienaangaande in haar uitspraak op pagina 1 onder overwegingen het navolgende:

“Blijkens het op ambtsbelofte door genoemde inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakt boeterapport van 19 september 2006 is door hen geconstateerd dat op 15 november 2005 in de onderneming van eiseres aan de 12 personen zijn aangetroffen die arbeid verrichtten, bestaande uit het verwerken, snijden en inpakken van vlees. De productiemedewerkers bleken 4 personen te zijn met de Nederlandse nationaliteit en 8 personen met de Poolse nationaliteit. Van de werkzame personen bleken 8 personen illegaal te zijn tewerkgesteld. Eiseres bleek niet te beschikken over tewerkstellingsvergunningen (Polen). Het ontbreken van tewerkstellingsvergunningen is gebleken uit navraag bij de Centrale organisatie Werk en Inkomen.

(...)

Eiseres stelt dat de vreemdelingen arbeid als stagiaires hebben verricht. Eiseres beschikt niet over stageovereenkomsten van de betreffende vreemdelingen en een Nederlandse Onderwijsinstelling. Gelet hierop hebben de vreemdelingen arbeid verricht voor eiseres.

Voorts is er geen sprake van grensoverschrijdende dienstverlening maar van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten."

In het kader van de beoordeling door de rechtbank overweegt de rechtbank op pagina 3 laatste alinea:

"Uit de gedingstukken en met name het in voormeld boeterapport genoemde samenstel van feiten en omstandigheden maakt de rechtbank op dat (voldoende aannemelijk is geworden dat) eiseres 8 arbeidskrachten (Polen) arbeid heeft laten verrichten, bestaande uit het wegen en inpakken van vlees. Dat er, zoals door eiseres gesteld, in strijd met de waarheid een proces-verbaal is opgemaakt is de rechtbank niet gebleken."

Naar mening van appellante had de rechtbank in goede gemoede niet tot deze uitspraak kunnen komen en had de rechtbank dienen in te gaan op het verzoek van appellante om de betreffende ambtenaren van de arbeidsinspectie als getuigen te horen.

Appellante doet thans in hoger beroep nogmaals het uitdrukkelijke verzoek om de desbetreffende ambtenaren te horen, temeer nu immers hun ambtelijk proces-verbaal geen uitsluitel geeft over de vraag of men überhaupt personen arbeid heeft zien verrichten en zo welke personen dan welke arbeid hebben verricht.

In casu scheert niet alleen de rechtbank maar ook de Arbeidsinspectie alles maar over één kam met een zeer grove maas om te kunnen concluderen dat er sprake is van een overtreding.

Appellante merkt op dat Uw Raad er bij het bepalen van een mondelinge behandeling rekening mee dient te houden dat appellante de 6 ambtenaren van de Arbeidsinspectie zoals genoemd in het boeterapport oproept om als getuige ter zitting bij Uw Raad uitsluitel te geven over hetgeen en op welke wijze zij tot de rapportage zijn gekomen welke in het boeterapport is opgenomen.

Ook anderszins is de rechtbank niet ingegaan op de onjuistheden zoals die uit het boeterapport blijken.

In boete rapport met zaaknummer WIJ/W119/199/01 (vermeende overtreding op 15 november 2005) is op pagina 3 het navolgende opgenomen:

"Wij rapporteurs Wijnands, Bruijnen, Ramschie, Maas, Eggen en Janssen zagen op bovengenoemde locatie 12 personen die, blijkens feiten en omstandigheden, arbeid verrichten, bestaande uit het verwerken, snijden en inpakken van vlees. Na het binnentreden van de onderneming aan de eerder genoemde locatie hebben rapporteurs zich aangemeld bij de receptie en is de telefoniste van het bedrijf verzocht om de productiechef naar voren te laten komen. Nadat de productiechef zich had gemeld bij de rapporteurs, is deze verzocht om de productiemedewerkers vanuit de productiehal naar de kantine te laten komen. Daarna zijn 12 productiemedewerkers naar de kantine gekomen."

Alleen al uit deze verklaring blijkt dat de inspecteurs de personen waarvan zij de identiteit hebben vastgesteld wel hebben gezien in de kantine, maar uitdrukkelijk niet hebben gezien dat deze personen arbeid hebben verricht, laat staan dat men heeft (kunnen zien/) gezien dat deze personen bezig waren met het verwerken, snijden en inpakken van vlees.

Kortom: Ook het boeterapport getuigt niet van duidelijkheid welke van de betreffende ambtenaren verwacht mag worden.

De rechtbank daarentegen motiveert op geen enkele wijze, nog gaat zij daar op in, waarom het desbetreffende rapport wel voor juist moet worden gehouden. Gezien het bovenstaande is de motivering dat er op ambtseed is opgemaakt, is onvoldoende.

Onjuiste uitleg rechtbank over artikelen 39,49 en 50 EG Verdrag

(zijnde een rechtspersoon naar Pools recht met beperkte aansprakelijkheid) is een dochter onderneming behorende tot de groep van

Zoals de Afdeling BRRvS eerder heeft overwogen (uitspraak van 30 januari 2008 in zaak nr. 200702763/1; www.raadvanstate.nl) leidt zij uit de arresten van het HvJ EG van 27 maart 1990 in zaak nr. C-113/89 (Rush-Portuguesa; RV 1990, 89), 9 augustus 1994, in zaak nr. C-43/93 (Van der Elst; RV 1994, 89), 21 oktober 2004 in zaak nr. C-445/03 (Commissie tegen Luxemburg; RV 2004, 92), 19 januari 2006 in zaak nr. C-244/04 (Commissie tegen Duitsland; RV 2006, 31) en van 21 september 2006 in zaak nr. C-168/04 (Commissie tegen Oostenrijk; RV 2006, 43) af dat beperking van de vrijheid van dienstverrichting door middel van nationale maatregelen slechts in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. Een dergelijke beperking moet worden gerechtvaardigd door de bescherming van een algemeen belang en moet proportioneel zijn. Uit deze jurisprudentie blijkt voorts, dat nationale maatregelen - zoals de eis van een tewerkstellingsvergunning - ter controle of het vrij verkeer van diensten niet wordt gebruikt voor een ander doel dan de betrokken dienst zelf - zoals de omzeiling van de beperkingen op het vrij verkeer van werknemers - in ieder geval niet tot gevolg mogen hebben dat het vrij verkeer van diensten illusoir wordt. Daarnaast mag volgens het HvJ EG de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting niet aan de beoordelingsvrijheid van de administratie onderworpen zijn. Blijkens voormelde rechtspraak van het HvJ EG kan het beperken van de vrijheid van dienstverrichting door middel van nationale maatregelen gerechtvaardigd zijn in de situatie waarin met de terbeschikkingstelling wordt beoogd de desbetreffende werknemer, anders dan tijdelijk voor zover nodig voor de terbeschikkingstelling, te laten toetreden tot de arbeidsmarkt van de lidstaat van tewerkstelling dan wel de beperkingen met betrekking tot het vrij werknemersverkeer te omzeilen. Volgens het HvJ EG doet die situatie zich in het algemeen niet voor, indien een dienstbetrekking bestaat tussen de terbeschikkinggestelde werknemer en de dienstverrichter, die werknemer zijn hoofdactiviteit in de lidstaat van herkomst uitoefent en hij na de dienstverrichting naar die lidstaat terugkeert.

Daarenboven heeft appellante gemotiveerd aangegeven dat de betreffende Poolse werknemers van [redacted] in Nederland een intercompany stage-traject ondergaan en dat er geen sprake is van toetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt.

Uit de naar mening van appellante – niet tot bewijs toe te laten verklaringen van de Poolse werknemers – blijkt duidelijk dat er in casu sprake is van een verrichte dienst, welke voor bepaalde korte tijd in Nederland plaatsvindt en waarbij de werknemer, die werkzaam is voor de Poolse onderneming, zijn hoofdactiviteit in Polen heeft en na de dienstverrichting ook weer naar Polen zou terugkeren. Daarmee is naar mening van appellante voldaan aan het criterium van vrijheid van dienstverlening.

Onder deze omstandigheden heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de vreemdelingen tot de Nederlandse arbeidsmarkt zijn toegetreden en is de eis van een tewerkstellingsvergunning in dit geval in strijd met artikel 49 van het EG-Verdrag. De rechtbank verwijst in dit kader dan ook ten onrechte naar de uitspraak van de Afdeling RvS van 2 augustus 2006. Naar mening van appellante is in deze kwestie eerder aansluiting te zoeken bij de uitspraken van de Afdeling Raad van State van 23-04-008 LJN BD0232 alsmede BD0352 er duidelijk sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening waarvoor in casu geen tewerkstellingsvergunning vereist mag worden conform de EG Richtlijn.

In een soortgelijk kader speelt ook nog de uitspraak van 28-05-2008 LJNnr BD2642 waarin de RvSBR nog eens uitdrukkelijk overweegt dat de vrijheid van dienstverlening niet in het gedrang mag komen en waarbij de rechtbank in eerste aanleg het begrip ter beschikking stellen van arbeidskrachten in artikel 1e lid 1 aanhef onder c van het besluit Uitvoering WAV te ruim heeft uitgelegd daar waar het betreffende project slechts voor korte duur was (in die zaak 2 a 3 weken) en in casu in feite niet veel anders 10-12- weken stage waarbij men in Nederland zou verblijven en vervolgens weer naar Polen zou terugkeren.

Appellante is van mening dat de rechtbank ten onrechte het standpunt inneemt dat er enkel sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en niet van dienstverlening. De rechtbank motiveert dit enkel met een verwijzing naar het hiervoren genoemde arrest van het HvJEG Rush Portuguesa. Naar mening van appellante geeft de rechtbank daarbij absoluut onvoldoende gemotiveerd aan op welke gronden zij tot die conclusie komt en bovendien een onjuiste uitleg aan voormeld arrest.

Onjuiste uitleg rechtbank over begrip werkgever/ strijd met EG-Verdrag

De rechtbank overweegt in dit kader in de eerste alinea van pagina 4 waarom zij van mening is dat er sprake is van werkgeverschap in de zin van de WAV met als conclusie dat degene die de vreemdeeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig is.

Naar mening van de rechtbank is in dit kader geen sprake van strijd tussen paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels WAV en de artikelen 1 en 23 Grondwet.

Naar mening van appellante ten onrechte.

Immers is de vrijheid van onderwijs uitdrukkelijk in de Grondwet vastgelegd en verbiedt artikel 1 Grondwet daarin discriminatie, nog los van de bepalingen in het kader van discriminatie welke in het kader van het Gemeenschapsrecht bestaan (EG-richtlijn 2000/78/EG (Kaderrichtlijn Stb 2004,119 en 120).

De rechtbank heeft in het kader van haar beoordeling ten onrechte hier geen beoordeling aan gewijd, dit temeer nu appellante hier tijdens het pleidooi bij de rechtbank uitgebreid bij heeft stilgestaan, had de rechtbank niet kunnen volstaan met de enkele overweging dat geen sprake is van strijd met artikel 1 en 23 Grondwet doch had zij ook de europeesrechtelijke consequenties daarbij behoren te betrekken.

De rechtbank heeft in dit kader ook geen beoordeling gegeven over de stellingname dat met betrekking tot een intercompany-scholing derhalve geen eis van een tewerkstellingsvergunning mag worden gesteld. In dat kader is de stelling van de Minister dat er geen sprake is van een opleiding aan een Nederlandse onderwijsinstelling noch dat de "stagiaires" bij een dergelijke instelling staan ingeschreven een eis die discriminerend is in het europeesrechtelijk bestel.

Door alleen bepalend te achten dat appellante diensten (lees:werkzaamheden c.q. stagelopen) laat verrichten die gelijk zijn te stellen met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, heeft de rechtbank het begrip "ter beschikking stellen van arbeidskrachten" in artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit uitvoering Wav te ruim uitgelegd. Die uitleg is, gelet op voormelde jurisprudentie, niet in overeenstemming met de beperkingen die het HvJ EG op dit punt gerechtvaardigd acht en doet afbreuk aan de vrijheid van dienstverrichting, vrijheid van onderwijs en vrijheid van kapitaal. De rechtbank gaat in dit kader er ook geheel aan voorbij dat er een schriftelijke overeenkomst inclusief stagehandleiding en evaluatie aan dit verrichten van diensten (lees: de scholing van de stagiaires) ten grondslag ligt.

Naar mening van appellante gaat de rechtbank daarbij mede voorbij aan hetgeen hiervoren is gesteld en naar mening van appellante ook zijn bevestiging vindt in de uitspraken van de afdeling van 23 april 2008 (LJN-nr: BD0232) en 28 mei 2008 (LJN-nr: BD2642).

Dat appellante een en ander ook al eerder schriftelijk heeft kenbaar gemaakt aan de Arbeidsinspectie naar aanleiding van een uitnodiging om voor een verhoor op het politiebureau te verschijnen met het verzoek om bestaande vragen schriftelijk te stellen teneinde te voorkomen dat achteraf discussie ontstaat over hetgeen wel of niet is verklaard.

Dat de arbeidsinspectie hieraan geen gevolg heeft gegeven en er dus kennelijk geen vragen bestonden danwel dat er wel vragen bestaan doch de arbeidsinspectie in het kader van het onderzoek daar om haar moverende redenen vanaf heeft gezien.

In ieder geval is het naar mening van appellante in strijd met de beginselen van fair-trial ex artikel 6 EVRM dat daar waar een expliciete uitnodiging is gegeven om te worden gehoord en appellante ter voorkoming van misverstanden dan graag de vragen op voorhand verneemt, de arbeidsinspectie deze vraagstelling vervolgens achterwege laat. Derhalve strijd met de artikelen 3:2 juncto 3:46 Awb

Tevens kan dit worden aangemerkt als een schending van de onderzoeksverplichting welke op de arbeidsinspectie rust om alle feiten en omstandigheden welke op de zaak betrekking hebben te onderzoeken en gemotiveerd in het onderzoeksrapport te vermelden. Derhalve strijd met artikel 3:9 juncto 3:46 juncto 3:49 Awb.

Die schending van de onderzoeksverplichting kan naar mening van appellante niet worden opgeheven geacht door de enkele overweging dat appellante in bezwaar en zondig in beroep voldoende gelegenheid heeft om haar standpunten kenbaar te maken.

Toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt

De rechtbank heeft ten onrechte geen overweging gewijd aan de stelling van appellante dat het de Nederlandse Regering niet meer vrij stond om met ingang van 1 mei 2004 nadere beperkingen te stellen aan de vrijheid van Poolse werknemers bij het verrichten van arbeid in Nederland en dat het verbinden van een tewerkstellingsvergunning aan Poolse werknemers al dan niet in dienst van een Poolse werkgever welke hier te lande een dienst uitoefent sedert 1 mei 2004 in strijd is met de artikelen 39, 49 en 50 EG Verdrag zodat het boetebesluit in het onderhavige geval verbindende kracht mist. Met andere woorden: een tewerkstellingsvergunning mag niet worden verlangd.

Sedert 1 mei 2004 is het land Polen officieel tot de Europese Gemeenschap toegetreden. Het desbetreffende Toetredingsverdrag werd op 16 april 2003 in Athene door de betreffende Ministers van de Lidstaten ondertekend. De Nederlandse Regering heeft bij/tijdens de ondertekening van dit toetredingsverdrag geen voorbehouden gemaakt voor wat betreft de het vrij verkeer van werknemers, goederen of diensten zoals die in het Europees Verdrag zijn neergelegd (Oostenrijk en Duitsland hebben daarentegen direct wel voorwaarden gesteld). Tengevolge van het feit dat er geen voorbehouden bij het Toetredingsverdrag zijn gemaakt zijn naar mening van eiser de Verdragsartikelen 14 EG-Verdrag (recht op inreis en verblijf); artikel 39 EG Verdrag (formeel en materieel discriminatieverbod voor werknemers); artikel 43 (vrijheid van vestiging voor beroepsbeoefenaren); de artikelen 49 en 50 EG-Verdrag (vrijheid van dienstverlening).

Nu de Nederlandse Regering geen voorbehouden heeft gemaakt bij de ondertekening van het Toetredingsverdrag, stond het de Nederlandse Regering niet meer vrij – mede gezien de eerdere uitspraken van Minister President Kok in de periode 2000-2002 alsmede de Staatssecretaris van SZW dat er geen beperkingen aan de toetreding van de nieuwe lidstaten zouden worden verbonden – om alsnog na het ondertekenen van de Toetredingsakte beperkingen in een Koninklijk Besluit op te werpen. Daarmee schendt de Nederlandse Regering het rechtzekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zoals appellante ook al in bezwaar en beroep heeft aangevoerd.

De rechtbank miskent het recht door hier geen nadere overwegingen aan te wijden tenzij uit de verwijzing naar de uitspraak van de Raad van State Afdeling bestuursrechtspraak zou moeten worden afgeleid dat de Afdeling daar al over heeft geoordeeld dat door de Nederlandse Regering beperkingen mochten worden opgeworpen.

Indien dat het geval mocht zijn verwijst appellante uitdrukkelijk naar hetgeen hiervoren is gesteld en waarvan appellante de mening is toegedaan dat de Afdeling naar die stellingen geen onderzoek heeft gedaan, althans geen onderzoek dat blijkt uit vorenbedoelde uitspraak van de Afdeling van 2 augustus 2006.

Onder verwijzing naar de LAISA-zaak (HvJ EG gevoegde zaken 31 en 35/86, Jur.1998 p.2285, r.o. 15) verder verrijnd in de kwestie Oostenrijk tegen Raad (HvJ EG zaaknummer C445/00) moge duidelijk zijn dat het Toetredingsverdrag en de bij een Toetredingsakte gevoegde protocollen en bijlagen van primair recht zijn welke slechts kunnen worden opgeschort, gewijzigd of ingetrokken volgens de procedure voorzien voor de wijziging van de officiële Verdragen, tenzij anders bepaald in het Toetredingsverdrag.

In Nederland is voorts van kracht de Vreemdelingenwet 2000 alsmede de Wet Arbeid Vreemdelingen, welke twee wetten onderlinge verwijzingen kennen. De Wet Arbeid Vreemdelingen wordt integraal van toepassing geacht op iedere vreemdeling welke in Nederland arbeid, in de meest ruime vorm omschreven, verricht. Daarentegen wordt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de mogelijkheid geboden bij Ministeriële Regeling Koninklijke Besluiten te nemen waarbij de werkings sfeer van de Wet Arbeid Vreemdelingen wordt uitgesloten of wordt beperkt. Daartoe is mede in het leven geroepen het Delegatie- en Uitvoeringsbesluit Wet Arbeid Vreemdelingen.

Het lidmaatschap van de nieuwe lidstaten is geregeld in de Toetredingsakte van 23 september 2003. Artikel 24 van deze toetredingsakte bepaalt dat de in de bijlagen V tot en met XIV van deze Akte genoemde maatregelen ten opzichte van de nieuwe lidstaten van toepassing zijn op de wijze als bepaald in die bijlage.

Bijlage XII bevat de lijst als bedoeld in artikel 24 betreffende Polen.

Paragraaf 2 van genoemde bijlage bevat overgangsbepalingen betreffende het vrij verkeer van personen.

Onder punt 1 is (samengevat) bepaald dat voor 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, artikel 39 en de eerste alinea van artikel 49 van het EG-verdrag slechts volledig van toepassing zijn onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14.

Punt 2 bepaalt dat in afwijking van de artikelen 1 tot en met 6 van verordening (EEG) nr. 1612 en tot het einde van het tweede jaar na de datum van toetreden van Polen, de huidige lidstaten nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen zullen toepassen om de toegang van Poolse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen. De huidige lidstaten mogen dergelijke maatregelen blijven toepassen tot het einde van het vijfde jaar na de datum van toetreding.

Onder de punten 3 tot en met 14 is de overgangsregeling uitgewerkt.

Duitsland en Oostenrijk (specifiek genoemd in punt 13) gebruik hebben gemaakt van de in de Toetredingsakte geboden mogelijkheid om toetreding van Poolse werknemers tot hun eigen arbeidsmarkten te beperken. Ook België, Denemarken en Finland hebben gekozen voor het gebruikmaken van de overgangstermijn.

De staatssecretaris van Sociale zaken en Werkgelegenheid heeft in zijn brief aan de Tweede kamer van 23 januari 2004 (kamerstuk 29407, nr. 1) aangegeven dat de Nederlandse regering in 2001 ook had besloten tot een onmiddellijk vrij verkeer van werknemers uit de toetredende landen per 1 mei 2004. In 2004 is de Nederlandse regering hierop teruggekomen en is alsnog besloten om niet meteen een geheel vrij verkeer van werknemers uit Polen in te voeren.

Naar mening van appellante is de Wet Arbeid Vreemdelingen en het daaruit voortvloeiende Delegatie- en Uitvoeringsbesluit niet verbindend daar waar deze Wetten c.q. Koninklijke Besluiten strijdig zijn met de hiervoren genoemde EG-Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, goederen en diensten. Indien de Nederlandse Staat terzake een voorbehoud had wenselijk te maken, zoals zij thans middels de betreffende uitvoeringsbepalingen in het kader van de Wet Arbeid Vreemdelingen tracht te bewerkstelligen, hadden deze voorbehouden voorafgaand aan de ondertekening van het Toetredingsverdrag op 16 april 2003 kenbaar dienen te worden gemaakt en als zodanig te zijn opgenomen in het desbetreffende Protocol. De Nederlandse Staat heeft dergelijke beperkingen eerst geruime tijd na ondertekening opgeworpen, waardoor die latere wettelijke beperkingen weliswaar in beginsel gelden, doch indien deze in strijd met het EG-Verdrag blijken te zijn, dient deze beperkende wetgeving alsdan als discriminerend te worden aangemerkt en derhalve onverbindend jegens de betreffende onderdanen van de Poolse Lidstaat c.q. de desbetreffende Poolse ondernemingen aan welke deze belemmeringen worden tegengeworpen.

Verwijtbaarheid vs boetebedrag/ strijd met artikel 8 EVRM

Naar mening van appellante is de verhouding tussen verwijtbaarheid en boetebedrag; de zogenaamde proportionaliteit, geheel te zoeken. Er wordt ook niet gemotiveerd waarom een bedrag van € 8.000,00 per aangetroffen werknemer als boete passend en billijk wordt geacht terwijl er voor een natuurlijk persoon – ongeacht of die ook handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf waarbij het niet uitmaakt of die natuurlijk persoon een winst maakt van 1 miljoen – slechts een boete van € 4.000,00 wordt opgelegd.

Er is hier dus sprake van een directe discriminatie tussen rechtspersonen en natuurlijk personen terwijl beiden een onderneming drijven. Daarmee is het boetebesluit waarin dit beleid is neergelegd onverbindend en in strijd met artikel 1 Grondwet. Ten onrechte oordeelt de rechtbank dat daarmee de evenredigheidsbeginselen niet zijn overschreden.

De rechtbank gaat ten onrechte niet in op het aangevoerde feit dat er sprake is van discriminatie in de uitvoering en vaststelling van de beleidsregels.

Het enkele feit dat een boete van € 8.000,00 per overtreding niet als onevenredig hoog wordt geacht geeft immers geen motivering aangaande de gestelde discriminatie ten aanzien van een overtreding door een natuurlijk persoon als ondernemer waarbij die boete wordt gesteld op 0,5 van dat bedrag.

Appellante merkt verder op dat de rechtbank stelt dat het inzicht van de wetgever niet is gewijzigd ten aanzien van de strafwaardigheid van de geconstateerde overtreding doch slechts dat het overgangsregime dat een tijdelijk karakter had, te weten van 1 mei 2004 tot 1 mei 2007, met zich brengt dat na 1 mei 2007 geen tewerkstellingsvergunning meer is vereist.

Naar mening van appellante is de overweging van de rechtbank onjuist. Immers als slechts de strafwaardigheid van de overtreding onderdeel is van de beslissing over al dan niet verschuldigheid moge duidelijk zijn dat de wetgever een Poolse overtreding na 1 mei 2007 niet meer strafwaardig vindt terwijl de wetgever dat voor 1 mei 2007 wel vond.

Daarmee moge toch wel duidelijk zijn dat er in het kader van de straftoemeting dient te worden gekozen voor de meest gunstige bepaling hetgeen hier met zich brengt dat er dus geen sprake meer is van strafwaardigheid, waardoor de boete dient te vervallen.

Voorts is gesteld noch gebleken dat appellante normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden overtrad en/of voornemens was de in de ogen van verweerder illegaal tewerkgestelden uit te buiten, zodat de hierboven omschreven motieven van de wetgever om te komen tot een hardere aanpak van illegale tewerkstelling bij de aan appellante verweten overtreding niet ten volle opgaan.

Verweerder heeft door het onverkort toepassen van de beleidsregels en de maximale boete aan verzoekster op te leggen, onvoldoende oog gehad voor de proportionaliteit van de boete, de evenredigheid ex artikel 3:4 van de Awb, alsmede de inherente afwijkingsbevoegdheid ex artikel 4:84 van de Awb zoals die wel in de Beleidsregels *boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit (uit 2007) zijn neergelegd en waarbij wordt gedifferentieerd naar grote van onderneming en aantal beboetbare werknemers*. Dit laatste ook in het licht van het feit dat al bij Besluit van 30-05-2006 (staatscourant 31 mei 2006) de staatssecretaris ten aanzien van werknemers die werkzaam zijn in de bedrijfstak slachterijen, waaronder ook de stagiaires behoren, uitdrukkelijk heeft aangegeven dat ten aanzien van werving van deze personeelsleden de toets van artikel 8 lid 1 onder a en b WAV buiten beschouwing blijft en een tewerkstellingsvergunning wordt verleend. Gezien het door de rechtbank gestelde strafwaardige karakter blijkt ook hieruit dat de gedraging van appellante niet dermate zwaar strafwaardig is dat er onverkort aan de boete dient te worden vastgehouden. Zeker daar waar boete en vergrijp in verhouding dienen te staan in het licht van de doelstelling van de WAV. En juist in de onderhavige kwestie is de evenredigheid bij de opgelegde boete ver te zoeken.

Niet tijdig opmaken van het boeterapport/ bepaling van orde

De rechtbank stelt vast dat het niet tijd opmaken van een boeterapport geen fatale termijn bevat, noch dat appellante daardoor in haar belangen is geschaad.

Appellante verwijst allereerst naar de ratio achter deze bepaling. Dat is om te voorkomen dat er door tijdsverloop fouten ontstaan in de verslaglegging. Immers wordt van een op ambtseed opgemaakt procesverbaal (boeterapport) verwacht dat dit duidelijk, inzichtelijk en betrouwbaar is ten aanzien van de daarin gerelateerde feiten en omstandigheden. Naar mate het tijdsverloop tussen de geconstateerde feiten en de rapportage groter is, kunnen er zich omstandigheden voordoen waardoor aan een dergelijke veel te laat opgestelde rapportage niet meer die betrouwbaarheid kan worden gegeven die er normaliter aan mag worden toegekend. Zoals al hierboven aangegeven bestaat er tussen appellante en de weergave door de ambtenaren van de Arbeidsinspectie nogal een groot verschil van mening over hetgeen die ambtenaren daadwerkelijk hebben geconstateerd.

Appellante is het bovendien al twee keer eerder overkomen, zoals hierboven in de uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch is overwogen, dat ambtenaren van de Arbeidsinspectie iets heel anders in het rapport hebben gerelateerd dan hetgeen zij daadwerkelijk hebben waargenomen.

Onder deze omstandigheden ook is appellante van mening dat niet enkel kan worden volstaan met – een overweging die ook de Afdeling prefereert te geven – dat het een termijn van orde is waarop geen sanctie is gesteld.

Zeker in het licht van de eerder genoemde vraagstelling van de Arbeidsinspectie om een verklaring te komen afleggen, waarop appellante heeft gereageerd door te stellen dat de Arbeidsinspectie ter voorkoming van misverstanden die vraagstelling dan schriftelijk diende te geven, is appellante van mening dat het te laat opmaken van een boeterapport

bestuursrechtelijk met zich dient te brengen dat er sprake is van strijd met artikel 3:2 , 3:46 juncto 3:49 Awb en uit dien hoofde het besluit dient te worden vernietigd.

dat appellante haar beroepschrift na ontvangst van de gedingstukken mogelijk nog nader van aanvullende gronden van beroep zal voorzien.

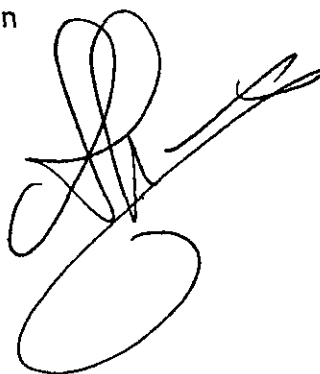
dat appellante voorts aanspraak maakt op integrale vergoeding van kosten van juridische bijstand omdat op grond van artikel 2 lid 3 Besluit Proceskosten Bestuursrecht (BPB) het bepaalde in artikel 1 van dat besluit buiten werking kan worden gesteld aangezien de besluitvorming van de arbeidsinspectie ook inhoudelijk als onrechtmatig handelen jegens eiser dient te worden aangemerkt. Artikel 2 lid 3 van het (BPB) bepaalt immers dat in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van het eerste lid. Naar mening van appellante is hier zo'n bijzondere omstandigheid aanwezig.

REDENEN WESHALVE:

De beslissing van de rechtbank Maastricht, sector bestuursrecht, d.d. 15 juli 2008, waarbij het beroep tegen het besluit van de Minister, voorheen staatssecretaris, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zoals deze door het Hoofd van de Afdeling Bestuurlijke Boete is genomen, ongegrond is verklaard, vernietigd dient te worden en dat alsnog een beslissing gegeven wordt overeenkomstig de opvatting van appellante.

Mr. A.J.T.J. Meuwissen
Gemachtigde

0062-.05-beroep-1- rvs.



kAntoor mr. Meuwissen

AWP 17

VOORAF PER TELEFAX: 070-365 13 80

Aan de Afdeling Bestuursrechtspraak
Raad van State
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
26 AUG 2008	
ZAAKNR. <i>0646</i>	
AAN: <i>V6</i>	
BEHANDELD: DD:	PAR:

mr. A.J.T.J. Meuwissen
Advocaat & Procureur
Tipstraat 21
6051 CV Maasbracht
Correspondentie:
Postbus 7076
6050 AB Maasbracht
Tel.: 0475 - 35 08 88
Fax: 0475 - 35 05 86

Maasbracht, 25 augustus 2008

Ref.nr.: AB 0062/05-am
Uw ref.:

Edelgrootachtbare college,
Betreft:

/ Minister van SZW; hoger beroepschrift

De rechtspersoon met beperkte aansprakelijkheid
, gevestigd te aan het adres
appellante, te dezer zake domicilie gekozen hebbende te 6051 CV Maasbracht, gemeente
Maasgouw, aan het adres Tipstraat 21 (Postbus 7076, 6050 AB Maasbracht) ten kantore
van de advocaat en procureur Mr A.J.T.J. Meuwissen welke door eiseres tot haar
gemachtigde wordt gesteld en als zodanig in rechte zal optreden;

dat appellante, in hoger beroep komt tegen de beslissing van de rechtbank Maastricht,
sector bestuursrecht, d.d. 15 juli 2008 onder procedurenummer 07/1753 WAV Z POA
gewezen en waarbij het beroep tegen de beslissing op bezwaar van 12 september 2007
waarbij het bezwaar tegen de boetebeschikking van de staatssecretaris van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid zoals namens deze door het Hoofd van de Afdeling Bestuurlijke Boete
is genomen op 13 december 2006 en per gelijke datum verzonden waarbij aan appellante
een boete van € 56.000,00 is opgelegd, door de Minister van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid ongegrond is verklaard, ongegrond is verklaard, in bijlage aangehecht;

dat appellante zich met de gronden en overwegingen niet kan verenigen;
dat appellante vooropstelt dat zij alle in bezwaar en beroep aangevoerde gronden van
bezwaar en/of beroep hier als woordelijk herhaald ingelast wenst te zien beschouwt nu deze
bezwaren in die diverse fases al van een afdoende motivering zijn voorzien.

Dat appellante van mening is dat de beslissing van de rechtbank onvoldoende is
gemotiveerd en in strijd met de wettelijke bepalingen terzake is genomen nu ook voorts niet
inzichtelijk is gemaakt waarom appellante niet als dienstverlener wordt aangemerkt.

Schending van artikel 6 EVRM en 14 lid 2 en 3 IVBPR

Appellante heeft in dit kader een aantal bezwaar/beroepsgronden aangevoerd, welke zij hier
als herhaald en ingelast wenst te zien.

Onjuiste (lees: geen) uitleg over onvolledig boete rapport

Appellante heeft zich in bezwaar en in beroep op het standpunt gesteld dat het boeterapport onvolledig en misleidend is en daardoor aan dit rapport niet de waarde kan worden toegekend die normaliter aan een ambtsedig opgemaakt proces-verbaal mag worden toegekend. Appellante heeft al gesteld dat het aanmerken als kennelijke verschrijvingen haar in dit kader te ver gaan.

Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch oordeelt in een arrest van 2 maart 2006 met parketnummer 20-004324-04 als volgt na gehouden getuigenverhoren van de inspecteurs van de Arbeidsinspectie:

“Op grond van het vorenstaande stelt het hof vast dat een aantal verbalisanten van de Arbeidsinspectie in het door hen op ambtseid opgemaakt proces-verbaal waarnemingen hebben gerelateerd die essentieel zijn voor de vraag of het ten laste gelegde wettig en overtuigend kan worden bewezen, terwijl zij die waarnemingen in werkelijkheid niet hebben gedaan.

De advocaat generaal heeft (...) medegedeeld (..)

- dat de Arbeidsinspectie bij het opmaken van een procesverbaal gebruik maakt van zogenaamde standaard-tekstblokken die in vrijwel alle processenverbaal voorkomen;
- dat de hiervoor geciteerde passages dergelijke standaard-tekstblokken zijn;
- dat hij – verbalisant – die de tekstblokken in het proces-verbaal had laten staan, omdat hij er niet aan had gedacht dat het bij het onderhavige onderzoek anders was gegaan;
- dat zijn collega-verbalisanten het proces-verbaal kennelijk onzorgvuldig hebben gelezen en hebben ondertekend, omdat zij op hem – als meest ervaren verbalisant van het team – vertrouwen en over dergelijke tekstblokken heen lezen.

Mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, acht het hof niet aannemelijk geworden dat de verbalisanten van de Arbeidsinspectie doelbewust onwaarheden hebben gerelateerd in het door hen op ambtseid opgemaakte proces-verbaal.

Niettemin is het hof van oordeel dat hier sprake is van een ernstige schending van beginselen van goede procesorde, waarbij met grove veronachtzaming van verdachtes belangen is tekort gedaan aan diens recht op een behoorlijke behandeling van de zaak. Dit brengt met zich mee dat het Openbaar Ministerie alsnog niet-ontvankelijk behoort te worden verklaard in zijn strafvervolgning. “

De rechtbank stelt dienaangaande in haar uitspraak op pagina 1 onder overwegingen het navolgende:

“Blijkens het op ambtsbelofte door genoemde inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakt boeterapport van 19 september 2006 is door hen geconstateerd dat op 21 december 2005 in de onderneming van eiseres aan de _____ 11 personen zijn aangetroffen die arbeid verrichtten, bestaande uit het verwerken, snijden en inpakken van vlees. De productiemedewerkers bleken 4 personen te zijn met de Nederlandse nationaliteit en 7 personen met de Poolse nationaliteit. Van de werkzame personen bleken 7 personen illegaal te zijn tewerkgesteld. Eiseres bleek niet te beschikken over tewerkstellingsvergunningen (Polen). Het ontbreken van tewerkstellingsvergunningen is gebleken uit navraag bij de Centrale organisatie Werk en Inkomen.

(...)

Eiseres stelt dat de vreemdelingen arbeid als stagiaires hebben verricht. Eiseres beschikt niet over stageovereenkomsten van de betreffende vreemdelingen en een Nederlandse Onderwijsinstelling. Gelet hierop hebben de vreemdelingen arbeid verricht voor eiseres. Voorts is er geen sprake van grensoverschrijdende dienstverlening maar van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.”

In het kader van de beoordeling door de rechtbank overweegt de rechtbank op pagina 3 laatste alinea:

"Uit de gedingstukken en met name het in voormeld boeterapport genoemde samenstel van feiten en omstandigheden maakt de rechtbank op dat (voldoende aannemelijk is geworden dat) eiseres 7 arbeidskrachten (Polen) arbeid heeft laten verrichten, bestaande uit het wegen en inpakken van vlees. Dat er, zoals door eiseres gesteld, in strijd met de waarheid een proces-verbaal is opgemaakt is de rechtbank niet gebleken."

Naar mening van appellante had de rechtbank in goede gemoede niet tot deze uitspraak kunnen komen en had de rechtbank dienen in te gaan op het verzoek van appellante om de betreffende 4 ambtenaren van de arbeidsinspectie als getuigen te horen.

Appellante doet thans in hoger beroep nogmaals het uitdrukkelijke verzoek om de desbetreffende ambtenaren te horen, temeer nu immers hun ambtelijk proces-verbaal geen uitsluitel geeft over de vraag of men überhaupt personen arbeid heeft zien verrichten en zo welke personen dan welke arbeid hebben verricht.

In casu scheert niet alleen de rechtbank maar ook de Arbeidsinspectie alles maar over één kam met een zeer grove maas om te kunnen concluderen dat er sprake is van een overtreding.

Appellante merkt op dat Uw Raad er bij het bepalen van een mondelinge behandeling rekening mee dient te houden dat appellante de 4 ambtenaren van de Arbeidsinspectie zoals genoemd in het boeterapport oproept om als getuige ter zitting bij Uw Raad uitsluitel te geven over hetgeen en op welke wijze zij tot de rapportage zijn gekomen welke in het boeterapport is opgenomen.

Voorts zijn een aantal pertinente onjuistheden in het procesverbaal van getuigenverhoor aanwezig.

In het boeterapport met kenmerk WIJJ/W800/720/01 (vermeende overtreding op 21 december 2005) staat op bladzijde 3 vermeld:

"Wij rapporteurs Wijnands en Cuijpers, zagen op bovengenoemde locatie 11 personen arbeid verrichten, bestaande uit het verwerken, snijden en inpakken van vlees.

Na het binnentreden van de onderneming aan de eerdergenoemde locatie hebben rapporteurs Wijnands, Cuijpers, Dreissen en Janssen zich aangemeld bij de receptie en is verzocht om de productiechef naar voren te laten komen.

Nadat de productiechef zich had gemeld bij de rapporteurs zijn vervolgens de productiechef, rapporteurs Wijnands en Cuijpers alsmede een 2-tal politiefunctionarissen, naar de productiehal gegaan.

In de productiehal werden 11 productiemedewerkers aangetroffen, die achter diverse afzonderlijke vleesverpakkingsmachines stonden en bezig waren met het wegen en inpakken van vlees.

(...)

Na identificatie van de 11 productiemedewerkers bleek, dat de groep bestond uit 7 vrouwen met de Poolse nationaliteit, alsmede 2 vrouwen en 2 mannen met de Nederlandse nationaliteit.

Op pagina 4 wordt vervolgd:

"De vreemdelingen vermeld onder de nummers 1 tot en met 7 verrichten arbeid door het verwerken, snijden en inpakken van vlees in de productiehal van de onderneming.

De vreemdelingen vermeld onder de nummers 1 tot en met 7 zijn gehoord als getuige. De vreemdeling vermeld onder 3 is daarbij uitgebreid gehoord."

Op pagina 5 staat vermeld:

"Door belanghebbende is overgelegd een Studie Training Overeenkomst van 24 mei 2005, welke is opgemaakt tussen beide ondernemingen.

(...)

Uit het uitgebreide getuigenverhoor van de vreemdeling vermeld onder 3 is o.a. gebleken dat de Poolse vrouw in Nederland was om stage te lopen en het bedienen van een vleesverpakkingsmachine te leren. De vreemdeling werd daarbij begeleid door een Nederlandse vrouw."

De feitelijke verklaring van de werknemster luidt echter als volgt:

"Het is een soort beloning, dat ik in Nederland mag werken. Naderhand kan ik dan in Polen mensen begeleiden. Ik ben naar Nederland gekomen om de machines te leren bedienen.

(...)

U zegt mij dat u het stageverhaal niet geloofwaardig vindt en dat ik gewoon werk sta te doen zoals iedere andere productiemedewerker in de branche. Ik kan daar eigenlijk weinig op zeggen en vindt het jammer dat u mij niet gelooft", aldus getuige

In de verklaring van getuige (vermeende overtreding van 15-11-2005) wordt uitdrukkelijk verklaart:

"Ik ben hier vanaf 17 oktober 2005 om stage c.q. scholing te volgen vanuit Het betreft een scholing over vleesproductie. Ik kom hier om te leren machinaal vlees te verwerken, in Polen staan deze machines niet."

Getuige verklaart als volgt:

"Ik ben hier 16 oktober 2005 gekomen voor een scholing, het betreft een scholing in de verpakking en verwerking van vlees."

Kortom: Ook het boeterapport getuigt niet van duidelijkheid welke van de betreffende ambtenaren verwacht mag worden.

De rechtbank daarentegen motiveert op geen enkele wijze, nog gaat zij daar op in, waarom het desbetreffende rapport wel voor juist moet worden gehouden. Gezien het bovenstaande is de motivering dat er op ambtseed is opgemaakt, is onvoldoende.

Onjuiste uitleg rechtbank over artikelen 39,49 en 50 EG Verdrag

(zijnde een rechtspersoon naar Pools recht met beperkte aansprakelijkheid) is een dochter onderneming behorende tot de groep van

Zoals de Afdeling BRRvS eerder heeft overwogen (uitspraak van 30 januari 2008 in zaak nr. 200702763/1; www.raadvanstate.nl) leidt zij uit de arresten van het HvJ EG van 27 maart 1990 in zaak nr. C-113/89 (Rush-Portuguesa; RV 1990, 89), 9 augustus 1994, in zaak nr. C-43/93 (Van der Elst; RV 1994, 89), 21 oktober 2004 in zaak nr. C-445/03 (Commissie tegen Luxemburg; RV 2004, 92), 19 januari 2006 in zaak nr. C-244/04 (Commissie tegen Duitsland; RV 2006, 31) en van 21 september 2006 in zaak nr. C-168/04 (Commissie tegen Oostenrijk; RV 2006, 43) af dat beperking van de vrijheid van dienstverrichting door middel

van nationale maatregelen slechts in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. Een dergelijke beperking moet worden gerechtvaardigd door de bescherming van een algemeen belang en moet proportioneel zijn. Uit deze jurisprudentie blijkt voorts, dat nationale maatregelen - zoals de eis van een tewerkstellingsvergunning - ter controle of het vrij verkeer van diensten niet wordt gebruikt voor een ander doel dan de betrokken dienst zelf - zoals de omzetting van de beperkingen op het vrij verkeer van werknemers - in ieder geval niet tot gevolg mogen hebben dat het vrij verkeer van diensten illusoir wordt. Daarnaast mag volgens het HvJ EG de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting niet aan de beoordelingsvrijheid van de administratie onderworpen zijn. Blijkens voormelde rechtspraak van het HvJ EG kan het beperken van de vrijheid van dienstverrichting door middel van nationale maatregelen gerechtvaardigd zijn in de situatie waarin met de terbeschikkingstelling wordt beoogd de desbetreffende werknemer, anders dan tijdelijk voor zover nodig voor de terbeschikkingstelling, te laten toetreden tot de arbeidsmarkt van de lidstaat van tewerkstelling dan wel de beperkingen met betrekking tot het vrij werknemersverkeer te omzeilen. Volgens het HvJ EG doet die situatie zich in het algemeen niet voor, indien een dienstbetrekking bestaat tussen de terbeschikkinggestelde werknemer en de dienstverrichter, die werknemer zijn hoofdactiviteit in de lidstaat van herkomst uitoefent en hij na de dienstverrichting naar die lidstaat terugkeert.

Daarenboven heeft appellante gemotiveerd aangegeven dat de betreffende Poolse werknemers van in Nederland een intercompany stage-traject ondergaan en dat er geen sprake is van toetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt.

Uit de naar mening van appellante – niet tot bewijs toe te laten verklaringen van de Poolse werknemers – blijkt duidelijk dat er in casu sprake is van een verrichte dienst, welke voor bepaalde korte tijd in Nederland plaatsvindt en waarbij de werknemer, die werkzaam is voor de Poolse onderneming, zijn hoofdactiviteit in Polen heeft en na de dienstverrichting ook weer naar Polen zou terugkeren. Daarmee is naar mening van appellante voldaan aan het criterium van vrijheid van dienstverlening.

Onder deze omstandigheden heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de vreemdelingen tot de Nederlandse arbeidsmarkt zijn togetreden en is de eis van een tewerkstellingsvergunning in dit geval in strijd met artikel 49 van het EG-Verdrag. De rechtbank verwijst in dit kader dan ook ten onrechte naar de uitspraak van de Afdeling RvS van 2 augustus 2006. Naar mening van appellante is in deze kwestie eerder aansluiting te zoeken bij de uitspraken van de Afdeling Raad van State van 23-04-008 LJV BD0232 alsmede BD0352 er duidelijk sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening waarvoor in casu geen tewerkstellingsvergunning vereist mag worden conform de EG Richtlijn. In een soortgelijk kader speelt ook nog de uitspraak van 28-05-2008 LJVnr BD2642 waarin de RvSBR nog eens uitdrukkelijk overweegt dat de vrijheid van dienstverlening niet in het gedrang mag komen en waarbij de rechtbank in eerste aanleg het begrip ter beschikking stellen van arbeidskrachten in artikel 1e lid 1 aanhef onder c van het besluit Uitvoering WAV te ruim heeft uitgelegd daar waar het betreffende project slechts voor korte duur was (in die zaak 2 a 3 weken) en in casu in feite niet veel anders 10-12- weken stage waarbij men in Nederland zou verblijven en vervolgens weer naar Polen zou terugkeren.

Appellante is van mening dat de rechtbank ten onrechte het standpunt inneemt dat er enkel sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en niet van dienstverlening. De rechtbank motiveert dit enkel met een verwijzing naar het hiervoren genoemde arrest van het HvJEG Rush Portuguesa. Naar mening van appellante geeft de rechtbank daarbij absoluut onvoldoende gemotiveerd aan op welke gronden zij tot die conclusie komt en bovendien een onjuiste uitleg aan voormeld arrest.

Onjuiste uitleg rechtbank over begrip werkgever/ strijd met EG-Verdrag

De rechtbank overweegt in dit kader in de eerste alinea van pagina 4 waarom zij van mening is dat er sprake is van werkgeverschap in de zin van de WAV met als conclusie dat degene die de vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig is.

Naar mening van de rechtbank is in dit kader geen sprake van strijd tussen paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels WAV en de artikelen 1 en 23 Grondwet.

Naar mening van appellante ten onrechte.

Immers is de vrijheid van onderwijs uitdrukkelijk in de Grondwet vastgelegd en verbiedt artikel 1 Grondwet daarin discriminatie, nog los van de bepalingen in het kader van discriminatie welke in het kader van het Gemeenschapsrecht bestaan (EG-richtlijn 2000/78/EG (Kaderrichtlijn Stb 2004,119 en 120).

De rechtbank heeft in het kader van haar beoordeling ten onrechte hier geen beoordeling aan gewijd., dit temeer nu appellante hier tijdens het pleidooi bij de rechtbank uitgebreid bij heeft stilgestaan, had de rechtbank niet kunnen volstaan met de enkele overweging dat geen sprake is van strijd met artikel 1 en 23 Grondwet doch had zij ook de europeesrechtelijke consequenties daarbij behoren te betrekken.

De rechtbank heeft in dit kader ook geen beoordeling gegeven over de stellingname dat met betrekking tot een intercompany-scholing derhalve geen eis van een tewerkstellingsvergunning mag worden gesteld. In dat kader is de stelling van de Minster dat er geen sprake is van een opleiding aan een Nederlandse onderwijsinstelling noch dat de "stagiaires" bij een dergelijke instelling staan ingeschreven een eis die discriminerend is in het europeesrechtelijk bestel.

Door alleen bepalend te achten dat appellante diensten (lees:werkzaamheden c.q. stagelopen) laat verrichten die gelijk zijn te stellen met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, heeft de rechtbank het begrip "ter beschikking stellen van arbeidskrachten" in artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit uitvoering Wav te ruim uitgelegd. Die uitleg is, gelet op voormelde jurisprudentie, niet in overeenstemming met de beperkingen die het HvJ EG op dit punt gerechtvaardigd acht en doet afbreuk aan de vrijheid van dienstverrichting. De rechtbank gaat in dit kader er ook geheel aan voorbij dat er een schriftelijke overeenkomst aan dit verrichten van diensten ten grondslag ligt. Naar mening van appellante gaat de rechtbank daarbij mede voorbij aan hetgeen hiervoren is gesteld en naar mening van appellante ook zijn bevestiging vindt in de uitspraken van de afdeling van 23 april 2008 (LJN-nr: BD0232) en 28 mei 2008 (LJN-nr: BD2642).

Dat appellante een en ander ook al eerder schriftelijk heeft kenbaar gemaakt aan de Arbeidsinspectie naar aanleiding van een uitnodiging om voor een verhoor op het politiebureau te verschijnen met het verzoek om bestaande vragen schriftelijk te stellen teneinde te voorkomen dat achteraf discussie ontstaat over hetgeen wel of niet is verklaard.

Dat de arbeidsinspectie hieraan geen gevolg heeft gegeven en er dus kennelijk geen vragen bestonden danwel dat er wel vragen bestaan doch de arbeidsinspectie in het kader van het onderzoek daar om haar moverende redenen vanaf heeft gezien.

In ieder geval is het naar mening van eiser in strijd met de beginselen van fair-trail ex artikel 6 EVRM dat daar waar een expliciete uitnodiging is gegeven om te worden gehoord en eiser ter voorkoming van misverstanden dan graag de vragen op voorhand verneemt, de arbeidsinspectie deze vraagstelling vervolgens achterwege laat. Derhalve strijd met de artikelen 3:2 juncto 3:46 Awb

Tevens kan dit worden aangemerkt als een schending van de onderzoeksverplichting welke op de arbeidsinspectie rust om alle feiten en omstandigheden welke op de zaak betrekking hebben te onderzoeken en gemotiveerd in het onderzoeksrapport te vermelden. Derhalve strijd met artikel 3:9 juncto 3:46 juncto 3:49 Awb.

Die schending van de onderzoeksverplichting kan naar mening van appellante niet worden opgeheven geacht door de enkele overweging dat appellante in bezwaar en zonodig in beroep voldoende gelegenheid heeft om haar standpunten kenbaar te maken.

Toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt

De rechtbank heeft ten onrechte geen overweging gewijd aan de stelling van appellante dat het de Nederlandse Regering niet meer vrij stond om met ingang van 1 mei 2004 nadere beperkingen te stellen aan de vrijheid van Poolse werknemers bij het verrichten van arbeid in Nederland en dat het verbinden van een tewerkstellingsvergunning aan Poolse werknemers al dan niet in dienst van een Poolse werkgever welke hier te lande een dienst uitoefent sedert 1 mei 2004 in strijd is met de artikelen 39, 49 en 50 EG Verdrag zodat het boetesluit in het onderhavige geval verbindende kracht mist. Met andere woorden: een tewerkstellingsvergunning mag niet worden verlangd.

Sedert 1 mei 2004 is het land Polen officieel tot de Europese Gemeenschap toegetreden. Het desbetreffende Toetredingsverdrag werd op 16 april 2003 in Athene door de betreffende Ministers van de Lidstaten ondertekend. De Nederlandse Regering heeft bij/tijdens de ondertekening van dit toetredingsverdrag geen voorbeholden gemaakt voor wat betreft de het vrij verkeer van werknemers, goederen of diensten zoals die in het Europees Verdrag zijn neergelegd (Oostenrijk en Duitsland hebben daarentegen direct wel voorwaarden gesteld). Tengevolge van het feit dat er geen voorbeholden bij het Toetredingsverdrag zijn gemaakt zijn naar mening van eiser de Verdragsartikelen 14 EG-Verdrag (recht op inreis en verblijf); artikel 39 EG Verdrag (formeel en materieel discriminatieverbod voor werknemers); artikel 43 (vrijheid van vestiging voor beroepsbeoefenaren); de artikelen 49 en 50 EG-Verdrag (vrijheid van dienstverlening).

Nu de Nederlandse Regering geen voorbeholden heeft gemaakt bij de ondertekening van het Toetredingsverdrag, stond het de Nederlandse Regering niet meer vrij – mede gezien de eerdere uitspraken van Minister President Kok in de periode 2000-2002 alsmede de Staatssecretaris van SZW dat er geen beperkingen aan de toetreding van de nieuwe lidstaten zouden worden verbonden – om alsnog na het ondertekenen van de Toetredingsakte beperkingen in een Koninklijk Besluit op te werpen. Daarmee schendt de Nederlandse Regering het rechtzekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zoals appellante ook al in bezwaar en beroep heeft aangevoerd.

De rechtbank miskent het recht door hier geen nadere overwegingen aan te wijden tenzij uit de verwijzing naar de uitspraak van de Raad van State Afdeling bestuursrechtspraak zou moeten worden afgeleid dat de Afdeling daar al over heeft geoordeeld dat door de Nederlandse Regering beperkingen mochten worden opgeworpen.

Indien dat het geval mocht zijn verwijst appellante uitdrukkelijk naar hetgeen hiervoren is gesteld en waarvan appellante de mening is toegedaan dat de Afdeling naar die stellingen geen onderzoek heeft gedaan, althans geen onderzoek dat blijkt uit vorenbedoelde uitspraak van de Afdeling van 2 augustus 2006.

Onder verwijzing naar de LAISA-zaak (HvJ EG gevoegde zaken 31 en 35/86, Jur.1998 p.2285, r.o. 15) verder verrijnd in de kwestie Oostenrijk tegen Raad (HvJ EG zaaknummer C445/00) moge duidelijk zijn dat het Toetredingsverdrag en de bij een Toetredingsakte gevoegde protocollen en bijlagen van primair recht zijn welke slechts kunnen worden opgeschort, gewijzigd of ingetrokken volgens de procedure voorzien voor de wijziging van de officiële Verdragen, tenzij anders bepaald in het Toetredingsverdrag.

In Nederland is voorts van kracht de Vreemdelingenwet 2000 alsmede de Wet Arbeid Vreemdelingen, welke twee wetten onderlinge verwijzingen kennen. De Wet Arbeid Vreemdelingen wordt integraal van toepassing geacht op iedere vreemdeling welke in Nederland arbeid, in de meest ruime vorm omschreven, verricht. Daarentegen wordt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de mogelijkheid geboden bij Ministeriële Regeling Koninklijke Besluiten te nemen waarbij de werkingssfeer van de Wet Arbeid Vreemdelingen wordt uitgesloten of wordt beperkt. Daartoe is mede in het leven geroepen het Delegatie- en Uitvoeringsbesluit Wet Arbeid Vreemdelingen.

Het lidmaatschap van de nieuwe lidstaten is geregeld in de Toetredingsakte van 23 september 2003. Artikel 24 van deze toetredingsakte bepaalt dat de in de bijlagen V tot en met XIV van deze Akte genoemde maatregelen ten opzichte van de nieuwe lidstaten van toepassing zijn op de wijze als bepaald in die bijlage.

Bijlage XII bevat de lijst als bedoeld in artikel 24 betreffende Polen.

Paragraaf 2 van genoemde bijlage bevat overgangsbepalingen betreffende het vrij verkeer van personen.

Onder punt 1 is (samengevat) bepaald dat voor 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, artikel 39 en de eerste alinea van artikel 49 van het EG-verdrag slechts volledig van toepassing zijn onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14.

Punt 2 bepaalt dat in afwijking van de artikelen 1 tot en met 6 van verordening (EEG) nr. 1612 en tot het einde van het tweede jaar na de datum van toetreden van Polen, de huidige lidstaten nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen zullen toepassen om de toegang van Poolse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen. De huidige lidstaten mogen dergelijke maatregelen blijven toepassen tot het einde van het vijfde jaar na de datum van toetreding.

Onder de punten 3 tot en met 14 is de overgangsregeling uitgewerkt.

Duitsland en Oostenrijk (specifiek genoemd in punt 13) gebruik hebben gemaakt van de in de Toetredingsakte geboden mogelijkheid om toetreding van Poolse werknemers tot hun eigen arbeidsmarkten te beperken. Ook België, Denemarken en Finland hebben gekozen voor het gebruikmaken van de overgangstermijn.

De staatssecretaris van Sociale zaken en Werkgelegenheid heeft in zijn brief aan de Tweede kamer van 23 januari 2004 (kamerstuk 29407, nr. 1) aangegeven dat de Nederlandse regering in 2001 ook had besloten tot een onmiddellijk vrij verkeer van werknemers uit de toetredende landen per 1 mei 2004. In 2004 is de Nederlandse regering hierop teruggekomen en is alsnog besloten om niet meteen een geheel vrij verkeer van werknemers uit Polen in te voeren.

Naar mening van appellante is de Wet Arbeid Vreemdelingen en het daaruit voortvloeiende Delegatie- en Uitvoeringsbesluit niet verbindend daar waar deze Wetten c.q. Koninklijke Besluiten strijdig zijn met de hiervoren genoemde EG-Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, goederen en diensten. Indien de Nederlandse Staat terzake een voorbehoud had wensen te maken, zoals zij thans middels de betreffende uitvoeringsbepalingen in het kader van de Wet Arbeid Vreemdelingen tracht te bewerkstelligen, hadden deze voorbehouden voorafgaand aan de ondertekening van het Toetredingsverdrag op 16 april 2003 kenbaar dienen te worden gemaakt en als zodanig te zijn opgenomen in het desbetreffende Protocol. De Nederlandse Staat heeft dergelijke beperkingen eerst geruime tijd na ondertekening opgeworpen, waardoor die latere wettelijke

beperkingen weliswaar in beginsel gelden, doch indien deze in strijd met het EG-Verdrag blijken te zijn, dient deze beperkende wetgeving alsdan als discriminerend te worden aangemerkt en derhalve onverbindend jegens de betreffende onderdanen van de Poolse Lidstaat c.q. de desbetreffende Poolse ondernemingen aan welke deze belemmeringen worden tegengeworpen.

Verwijtbaarheid vs boetebedrag/ strijd met artikel 8 EVRM

Naar mening van appellante is de verhouding tussen verwijtbaarheid en boetebedrag; de zogenaamde *proportionaliteit*, geheel te zoeken. Er wordt ook niet gemotiveerd waarom een bedrag van € 8.000,00 per aangetroffen werknemer als boete passend en billijk wordt geacht terwijl er voor een natuurlijk persoon – ongeacht of die ook handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf waarbij het niet uitmaakt of die natuurlijk persoon een winst maakt van 1 miljoen – slechts een boete van € 4.000,00 wordt opgelegd.

Er is hier dus sprake van een directe discriminatie tussen rechtspersonen en natuurlijk personen terwijl beiden een onderneming drijven. Daarmee is het boetebesluit waarin dit beleid is neergelegd onverbindend en in strijd met artikel 1 Grondwet. Ten onrechte oordeelt de rechtbank dat daarmee de evenredigheidsbeginselen niet zijn overschreden.

De rechtbank gaat ten onrechte niet in op het aangevoerde feit dat er sprake is van discriminatie in de uitvoering en vaststelling van de beleidsregels.

Het enkele feit dat een boete van € 8.000,00 per overtreding niet als onevenredig hoog wordt geacht geeft immers geen motivering aangaande de gestelde discriminatie ten aanzien van een overtreding door een natuurlijk persoon als ondernemer waarbij die boete wordt gesteld op 0,5 van dat bedrag.

Appellante merkt verder op dat de rechtbank stelt dat het inzicht van de wetgever niet is gewijzigd ten aanzien van de strafwaardigheid van de geconstateerde overtreding doch slechts dat het overgangsregime dat een tijdelijk karakter had, te weten van 1 mei 2004 tot 1 mei 2007, met zich brengt dat na 1 mei 2007 geen tewerkstellingsvergunning meer is vereist.

Naar mening van appellante is de overweging van de rechtbank onjuist. Immers als slechts de strafwaardigheid van de overtreding onderdeel is van de beslissing over al dan niet *verschuldigheid* moge duidelijk zijn dat de wetgever een Poolse overtreding na 1 mei 2007 niet meer strafwaardig vindt terwijl de wetgever dat voor 1 mei 2007 wel vond. Daarmee moge toch wel duidelijk zijn dat er in het kader van de straftoemeting dient te worden gekozen voor de meest gunstige bepaling hetgeen hier met zich brengt dat er dus geen sprake meer is van strafwaardigheid, waardoor de boete dient te vervallen.

Voorts is gesteld noch gebleken dat appellante normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden overtrad en/of voornemens was de in de ogen van verweerder illegaal tewerkgestelden uit te buiten, zodat de hierboven omschreven motieven van de wetgever om te komen tot een hardere aanpak van illegale tewerkstelling bij de aan appellante verweten overtreding niet ten volle opgaan.

Verweerder heeft door het onverkort toepassen van de beleidsregels en de maximale boete aan verzoekster op te leggen, onvoldoende oog gehad voor de proportionaliteit van de boete, de evenredigheid ex artikel 3:4 van de *Awb*, alsmede de inherente afwijkingsbevoegdheid ex artikel 4:84 van de *Awb* zoals die wel in de Beleidsregels *boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit (uit 2007)* zijn neergelegd en waarbij wordt gedifferentieerd naar grote van onderneming en aantal beboetbare werknemers. Dit laatste ook in het licht van het feit dat al bij Besluit van 30-05-2006 (staatscourant 31 mei 2006) de staatssecretaris ten aanzien van werknemers die werkzaam zijn in de bedrijfstak slachterijen, waaronder ook de stagiaires behoren, uitdrukkelijk heeft

aangegeven dat ten aanzien van werving van deze personeelsleden de toets van artikel 8 lid 1 onder a en b WAV buiten beschouwing blijft en een tewerkstellingsvergunning wordt verleend. Gezien het door de rechtbank gestelde strafwaardige karakter blijkt ook hieruit dat de gedraging van appellante niet dermate zwaar strafwaardig is dat er onverkort aan de boete dient te worden vastgehouden. Zeker daar waar boete en vergrijp in verhouding dienen te staan in het licht van de doelstelling van de WAV. En juist in de onderhavige kwestie is de evenredigheid bij de opgelegde boete ver te zoeken.

Niet tijdig opmaken van het boeterapport/ bepaling van orde

De rechtbank stelt vast dat het niet tijdig opmaken van een boeterapport geen fatale termijn bevat, noch dat appellante daardoor in haar belangen is geschaad.

Appellante verwijst allereerst naar de ratio achter deze bepaling. Dat is om te voorkomen dat er door tijdsverloop fouten ontstaan in de verslaglegging. Immers wordt van een op ambtseed opgemaakt procesverbaal (boeterapport) verwacht dat dit duidelijk, inzichtelijk en betrouwbaar is ten aanzien van de daarin gerelateerde feiten en omstandigheden. Naar mate het tijdsverloop tussen de geconstateerde feiten en de rapportage groter is, kunnen er zich omstandigheden voordoen waardoor aan een dergelijke veel te laat opgestelde rapportage niet meer die betrouwbaarheid kan worden gegeven die er normaliter aan mag worden toegekend. Zoals al hierboven aangegeven bestaat er tussen appellante en de weergave door de ambtenaren van de Arbeidsinspectie nogal een groot verschil van mening over hetgeen die ambtenaren daadwerkelijk hebben geconstateerd.

Appellante is het bovendien al twee keer eerder overkomen, zoals hierboven in de uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch is overwogen, dat ambtenaren van de Arbeidsinspectie iets heel anders in het rapport hebben gerelateerd dan hetgeen zij daadwerkelijk hebben waargenomen.

Onder deze omstandigheden ook is appellante van mening dat niet enkel kan worden volstaan met – een overweging die ook de Afdeling prefereert te geven – dat het een termijn van orde is waarop geen sanctie is gesteld.

Zeker in het licht van de eerder genoemde vraagstelling van de Arbeidsinspectie om een verklaring te komen afleggen, waarop appellante heeft gereageerd door te stellen dat de Arbeidsinspectie ter voorkoming van misverstanden die vraagstelling dan schriftelijk diende te geven, is appellante van mening dat het te laat opmaken van een boeterapport bestuursrechtelijk met zich dient te brengen dat er sprake is van strijd met artikel 3:2, 3:46 juncto 3:49 Awb en uit dien hoofde het besluit dient te worden vernietigd.

dat appellante haar beroepschrift na ontvangst van de gedingstukken mogelijk nog nader van aanvullende gronden van beroep zal voorzien.

dat appellante voorts aanspraak maakt op integrale vergoeding van kosten van juridische bijstand omdat op grond van artikel 2 lid 3 Besluit Proceskosten Bestuursrecht (BPB) het bepaalde in artikel 1 van dat besluit buiten werking kan worden gesteld aangezien de besluitvorming van de arbeidsinspectie ook inhoudelijk als onrechtmatig handelen jegens eiser dient te worden aangemerkt. Artikel 2 lid 3 van het (BPB) bepaalt immers dat in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van het eerste lid. Naar mening van appellante is hier zo'n bijzondere omstandigheid aanwezig.

REDENEN WESHALVE:

De beslissing van de rechtbank Maastricht, sector bestuursrecht, d.d. 15 juli 2008, waarbij het beroep tegen het besluit van de Minister, voorheen staatssecretaris, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zoals deze door het Hoofd van de Afdeling Bestuurlijke Boete is genomen, ongegrond is verklaard, vernietigd dient te worden en dat alsnog een beslissing gegeven wordt overeenkomstig de opvatting van appellante.

Mr. A.J.T.J. Meuwissen
 Gemachtigde

0062-.05-beroep-2- rvs.