

ECLI	ECLI:NL:RVS:2008:BG1881
Datum uitspraak	29 oktober 2008
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 28 november 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellante] een boete van € 24.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

200802235/1.

Datum uitspraak: 29 oktober 2008

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te Amersfoort, waarvan de vennoten zijn [vennoot a, b en c]

tegen de uitspraak in zaak nrs. 07/3591 en 08/396 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 19 februari 2008 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 28 november 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellante] een boete van € 24.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 4 januari 2008 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 19 februari 2008, verzonden op 26 februari 2008, heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht (hierna: de voorzieningenrechter), voor zover thans van belang, het daartegen door [appellante] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 28 maart 2008, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 6 mei 2008.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 23 september 2008, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, en de minister, vertegenwoordigd door mr. C.M. Steemers, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1° van de Wav, wordt onder werkgever verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.

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

Ingevolge artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie ingevolge bepalingen vastgesteld bij overeenkomst met andere mogendheden dan wel bij een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd.

Ingevolge die 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 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav, voor zover thans van belang, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichting tijdelijk in Nederland arbeid verricht in dienst van een werkgever die buiten Nederland is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie, mits

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

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 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.

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

Ingevolge artikel 39, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag) is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge artikel 49, eerste alinea, zijn in het kader van de volgende bepalingen de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der Lid-staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 50, laatste alinea, voor zover thans van belang, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt.

Ingevolge Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen, onderdeel 2, punt 1, zijn wat betreft het vrij verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten dat gepaard gaat met tijdelijk verkeer van werknemers als bedoeld in artikel 1 van Richtlijn 96/71/EG tussen, voor zover thans van belang, Polen en Nederland, artikel 39 en de eerste alinea van artikel 49 van het EG-Verdrag slechts volledig van toepassing onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14.

Ingevolge punt 2, voor zover thans van belang, zullen de 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, tijdelijk te beperken en heeft door voortzetting van de overgangsperiode 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.

2.2. Blijkens het op ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 30 maart 2006 (hierna: het boeterapport) hebben drie vreemdelingen van Poolse nationaliteit (hierna: de vreemdelingen) op 10 oktober 2005 bij [appellante] arbeid verricht bestaande uit het schoonmaken en bewerken van vis en het wissen van de vloer met een vloerwisser, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven.

Voorts blijkt uit het boeterapport dat de vreemdelingen werkzaam waren via [bedrijf], gevestigd te [plaats], Polen.

2.3. [appellante] betoogt dat, zakelijk weergegeven, de voorzieningenrechter ten onrechte het standpunt van de minister heeft onderschreven dat geen sprake is geweest van grensoverschrijdende dienstverrichting, maar louter van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

2.3.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 30 januari 2008 in zaak nr.

200702763/1), leidt zij uit de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het HvJ EG) van 27 maart 1990 in zaak nr. C-113/89 (RV 1990, 89), 9 augustus 1994, in zaak nr. C-43/93 (RV 1994, 89), 21 oktober 2004 in zaak nr. C-445/03 (RV 2004, 92), 19 januari 2006 in zaak nr. C-244/04 (RV 2006, 31) en van 21 september 2006 in zaak nr. C-168/04 (RV 2006, 43) 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 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 vrije 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. Zoals de Afdeling in voormelde uitspraak evenzeer heeft overwogen, dienen bij de vraag of in dit geval door middel van een tewerkstellingsvergunning de vrijheid van dienstverrichting mag worden beperkt, alle relevante feiten en omstandigheden te worden betrokken.

2.3.2. Bij uitspraak van 5 september 2007 (zaak nr. 200700856/1) heeft de Afdeling de boete in stand gelaten die aan [appellante] was opgelegd in verband met de tewerkstelling, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven, bij [appellante] op 22 juni 2005 van elf vreemdelingen die in dienst waren bij [bedrijf].

Anders dan in die zaak, heeft, [eigenaar] van [bedrijf], tijdens het gehoor naar aanleiding van de controle bij [appellante] op 10 oktober 2005, niet verklaard dat hij van de productiechef van [appellante] instructies kreeg over de benodigde hoeveelheid personeel voor de volgende dag en de door de vreemdelingen te verrichten werkzaamheden.

Reeds hierom komt het feitencomplex in de onderhavige zaak niet overeen met dat in de zaak die heeft geleid tot voormelde uitspraak van 5 september 2007.

2.3.3. Vaststaat dat sprake is van een dienstbetrekking tussen de vreemdelingen en [bedrijf], een in Polen gevestigd bedrijf. Hiervan uitgaande, heeft de minister niet zonder nader onderzoek tot de conclusie kunnen komen dat van grensoverschrijdende dienstverrichting geen sprake is. In dit verband is van belang dat de minister zich op het standpunt heeft gesteld dat niet is gebleken dat [bedrijf] vóór 1 oktober 2004 dan wel daarna, reële en daadwerkelijke economische activiteiten in welke zin dan ook heeft ontplooid, terwijl de minister desgevraagd ter zitting heeft bevestigd dat hij geen onderzoek heeft verricht naar de vraag of [bedrijf] dergelijke activiteiten heeft ontplooid in de periode na de controle op 22 juni 2005. De minister heeft voorts, hoewel dit op zijn weg lag, niet onderzocht of de vreemdelingen op 10 oktober 2005 onder directe verantwoordelijkheid van [appellante] dan wel van [bedrijf] werkten, zij hun hoofdactiviteiten in Polen uitoefenden en of zij na de werkzaamheden bij [appellante] naar Polen zouden terugkeren.

Gelet op het voorgaande heeft de minister op het bezwaar beslist zonder over de nodige kennis met betrekking tot de relevante feiten te beschikken, waardoor het besluit van 4 januari 2008 is genomen in strijd met het bepaalde in artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht. De voorzieningenrechter heeft dit niet onderkend.

Het betoog slaagt reeds hierom.

2.4. Het hoger beroep is gegrond. Hetgeen [appellante] overigens naar voren heeft gebracht, behoeft geen bespreking. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende

hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het door [appellante] bij de rechtbank ingestelde beroep alsnog gegrond verklaren en het besluit van 4 januari 2008 vernietigen. De minister dient met inachtneming van deze uitspraak een nieuw besluit op het gemaakte bezwaar te nemen.

2.5. De minister dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 19 februari 2008 in zaak nr. 07/3591;

III. verklaart het bij de rechtbank in die zaak ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 januari 2008, kenmerk AI/JZ/2007/705/BOB;

V. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van de bij [appellante] in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1288,00 (zegge: twaalfhonderdachtentachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het dient door de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) aan [appellante] onder vermelding van zaaknummer 200802235/1 te worden betaald;

VI. gelast dat de Staat der Nederlanden (het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) aan [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 285,00 (zegge: tweehonderdvijfentachtig euro) voor de behandeling van het beroep en € 433,00 (zegge: vierhonderddrieëndertig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. T.M.A. Claessens, voorzitter, en mr. D. Roemers en mr. M.A.A. Mondt-Schouten, leden, in tegenwoordigheid van mr. P.A. de Vink, ambtenaar van Staat.

w.g. Claessens w.g. De Vink
voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 29 oktober 2008

32-490.