

ECLI	ECLI:NL:RVS:2009:BI4562
Datum uitspraak	20 mei 2009
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 3 mei 2007 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) de vennootschap naar Pools recht Paradigm Enterprise sp. z.o.o. (hierna: Paradigm) een boete opgelegd van € 256.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

200807325/1.

Datum uitspraak: 20 mei 2009

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 20 augustus 2008 in zaak nr. 07/2959 in het geding tussen:

de vennootschap naar Pools recht Paradigm Enterprise sp. z.o.o., gevestigd te Strzelce Krajenskie (Polen)

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 3 mei 2007 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) de vennootschap naar Pools recht Paradigm Enterprise sp. z.o.o. (hierna: Paradigm) een boete opgelegd van € 256.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 3 januari 2008 heeft de minister het daartegen door Paradigm gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 20 augustus 2008, verzonden op 25 augustus 2008, heeft de rechtbank Alkmaar (hierna: de rechtbank), voor zover thans van belang, het daartegen door Paradigm ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 3 januari 2008 vernietigd en bepaald dat

de minister een nieuw besluit op het gemaakte bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 1 oktober 2008, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 22 oktober 2008. Deze brieven zijn aangehecht.

Paradigm heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak, tegelijkertijd met zaak nr. 200708008/1 en zaak nr. 200807732/1, ter zitting behandeld op 4 maart 2009, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. J.J.A. Huisman en mr. A.H.M. Weeber, beiden werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en Paradigm, vertegenwoordigd door mr. A. van Driel, advocaat te Alkmaar, en vergezeld door haar [bestuurder], 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 (hierna: het notificatiebesluit), voor zover thans van belang, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verricht in dienst van een werkgever die buiten Nederland is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie, mits

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

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

Ingevolge artikel 19a, eerste lid, legt een daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar namens hem de boete op aan degene op wie de verplichtingen

rusten, welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

Ingevolge 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, voor zover thans van belang, is de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een rechtspersoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 45.000,00.

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 de 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, op € 8.000,00 per persoon per beboetbaar feit gesteld.

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

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

Ingevolge Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen (hierna: Bijlage XII), onderdeel 2, punt 1, is wat betreft het vrij verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten dat gepaard gaat met tijdelijk verkeer van werknemers als bedoeld in artikel 1 van Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten tussen, voor zover thans van belang, Polen en Nederland, artikel 39 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 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 vrije verkeer van diensten.

In de nota van toelichting bij het Besluit van 10 november 2005 tot wijziging van het Besluit uitvoering Wav en van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Stb. 2005, 577), strekkende tot invoering van het notificatiebesluit, is, voor zover thans van belang, vermeld:

"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. (...)

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."

2.2. Het op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 22 december 2005 (hierna: het boeterapport), houdt in dat tijdens een controle op 30 juni 2005 op een door Paradigm gehuurde locatie, gelegen aan de Achtertune 28 te Oosterend, gemeente Texel, 32 vreemdelingen van Poolse nationaliteit zijn aangetroffen (hierna: de vreemdelingen), terwijl zij arbeid verrichtten, bestaande uit het schubben van leliebollen, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven. Voorts blijkt uit het boeterapport dat de vreemdelingen ten tijde van de controle in dienst waren van Paradigm en dat Paradigm een overeenkomst met Oriental Andijk B.V. (hierna: Oriëntal Andijk), gevestigd te Andijk, had gesloten om een miljoen leliebollen van Oriëntal Andijk te schubben.

2.3. De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Afdeling heeft overwogen dat hij zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat Paradigm over tewerkstellingsvergunningen voor de vreemdelingen diende te beschikken.

De minister voert hiertoe aan dat, samengevat weergegeven, in de jurisprudentie van de

Afdeling eraan lijkt te worden voorbijgegaan dat naast het al dan niet toetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt ook de aard van de dienstverrichting een rol dient te spelen bij de vraag of een tewerkstellingsvergunning is vereist. In dit verband wijst hij op het door hem in het notificatiebesluit gemaakte onderscheid tussen zogenoemde zuivere grensoverschrijdende dienstverrichting en het grensoverschrijdend louter ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De minister stelt dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het HvJ EG) nimmer een uitspraak heeft gedaan waaruit blijkt dat bij dienstverlening die slechts bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, een stelsel van werkvergunningen, zoals neergelegd in de Wav, in strijd zou zijn met artikel 49 van het EG-Verdrag.

Voorts voert de minister aan dat, anders dan de rechtbank heeft overwogen, hij het begrip 'hoofdactiviteit' niet te beperkt heeft uitgelegd, door zich op het standpunt te stellen dat de vreemdelingen na terugkeer in Polen weer voor Paradigm werkzaam dienen te zijn. De uitleg die de rechtbank aan het begrip 'hoofdactiviteit' heeft gegeven, te weten dat ook andere activiteiten in het land van herkomst, zoals studeren en voor het gezin zorgen, hieronder vallen, onderstreept nu juist dat in dit geval de vreemdelingen slechts naar Nederland zijn gekomen om arbeid te verrichten en ter beschikking te worden gesteld aan Oriëntal Andijk om een bepaalde hoeveelheid bollen te schubben. Dat de vreemdelingen na terugkeer in Polen hun activiteiten in dienst van Paradigm zouden voortzetten, is niet aannemelijk gemaakt, aldus de minister.

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 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 (Vander 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 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. Zoals hiervoor in 2.2. reeds is weergegeven, heeft Paradigm met Oriëntal Andijk een overeenkomst gesloten tot het schubben van een miljoen leliebollen gedurende de periode van 20 juni 2005 tot en met 30 juli 2005, voor een prijs van gemiddeld € 0,0625 per stuk afhankelijk van de maat van de bollen. Uit de bij het boeterapport gevoegde verklaring van L.M. Lisewska, ten tijde van de controle vertegenwoordiger van Paradigm, blijkt dat Paradigm heeft gezorgd voor het transport van de leliebollen van het bedrijf van Oriëntal Andijk naar de door Paradigm gehuurde locatie aan de Achtertune 28 te Oosterend en na bewerking terug naar Andijk door een Nederlands transportbedrijf in de arm te nemen en dat Paradigm voormelde locatie huurde van Trap Bloembollen B.V., inclusief de koelcel, kantine, werktafels

en de heftruck. Voorts is onbetwist dat de vreemdelingen, die ten tijde van de controle in dienst waren van Paradigm, onder leiding en toezicht van voorlieden van Paradigm de werkzaamheden verrichtten. De werkzaamheden zijn derhalve uitgevoerd met eigen werknemers van Paradigm, onder toezicht van eigen personeel en met gebruikmaking van door Paradigm gehuurde bedrijfsmiddelen. Van de uitoefening van enig gezag over de vreemdelingen, enige invloed op, dan wel verantwoordelijkheid voor de wijze van uitvoering van de werkzaamheden van de zijde van Oriëntal Andijk is niet gebleken. Er bestaat dan ook geen grond voor het oordeel dat de dienstverrichting door Paradigm aan Oriëntal Andijk heeft bestaan uit het louter ter beschikking stellen van arbeidskrachten, als bedoeld in artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het notificatiebesluit, zodat kan worden daargelaten of het hierin door de minister gemaakte onderscheid tussen zogenoemde zuivere dienstverrichting en dienstverrichting, bestaande uit het louter ter beschikking stellen van arbeidskrachten, en de daaraan door hem verbonden gevolgen, kan worden gevolgd.

2.3.3. Ten tijde van de controle op 30 juni 2005 bestonden dienstbetrekkingen tussen Paradigm en de vreemdelingen. Voor zover de minister heeft betoogd dat het begrip 'hoofdactiviteit' inhoudt dat de vreemdelingen na terugkeer in Polen deze dienstbetrekkingen bij Paradigm moeten voortzetten, kan dit betoog niet worden gevolgd. In dit verband is van belang dat Paradigm onbetwist heeft gesteld dat het in Polen gebruikelijk is om personen in dienst te nemen per uit te voeren opdracht. Voorts is van belang dat, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, uit voormeld arrest van 21 oktober 2004, punt 33, blijkt dat een dergelijke uitleg sterk de terbeschikkingstelling bemoeilijkt van werknemers voor het verrichten van diensten in sectoren waarin wegens de bijzondere kenmerken van de betrokken activiteiten vaak overeenkomsten voor korte tijd of voor een bepaald werk worden gesloten. De rechtbank heeft dan ook, door te overwegen dat niet slechts het na de dienstverrichting werkzaam zijn bij Paradigm in Polen als hoofdactiviteit kan worden aangemerkt doch dat dit ook het verrichten van andere activiteiten kan omvatten, geen onjuiste uitleg aan het begrip 'hoofdactiviteit' gegeven.

Ten slotte bevinden zich in het dossier overeenkomsten tussen Paradigm en veertien van de vreemdelingen die zien op een periode, gelegen na de dienstverrichting voor Oriëntal Andijk, alsmede kopieën van een veerticket en een tachoschijf. Hiermee is voldoende aannemelijk geworden dat de vreemdelingen na afloop van de dienstverrichting zijn teruggekeerd naar Polen.

Paradigm heeft, gezien het vorenstaande, in het onderhavige geval gebruik gemaakt van de haar op grond van de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag toekomende vrijheid in Nederland diensten te verrichten.

De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat Paradigm voor de door de vreemdelingen in dit kader verrichte werkzaamheden over tewerkstellingsvergunningen diende te beschikken.

Het betoog faalt.

2.4. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd. Nu uit het hiervoor overwogene volgt dat de boete ten onrechte is opgelegd, ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht, op na te melden wijze zelf in de zaak te voorzien.

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. bevestigt de aangevallen uitspraak;

II. herroept het besluit van 3 mei 2007, kenmerk 070504642/09;

III. bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het door de rechtbank vernietigde besluit van 3 januari 2008;

IV. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij de vennootschap naar Pools recht Paradigm Enterprise sp. z.o.o. in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 644,00 (zegge: zeshonderdvierenveertig 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 de vennootschap naar Pools recht Paradigm Enterprise sp. z.o.o. onder vermelding van het zaaknummer te worden betaald;

V. bepaalt dat van de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) een griffierecht van € 433,00 (zegge: vierhonderddrieëndertig euro) wordt geheven.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. B. van Wagtendonk en mr. M.A.A. Mondt-Schouten, leden, in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van Staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Groeneweg
voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 20 mei 2009

32-510.