

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BV2476
Datum uitspraak	1 februari 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 26 juli 2007 heeft de minister [wederpartij] een boete van € 16.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

200902516/1/V6.

Datum uitspraak: 1 februari 2012

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 26 februari 2009 in zaak nr. 08/295 in het geding tussen:

[wederpartij], handelend onder de naam [champignonkwekerij], wonend te [woonplaats],

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 26 juli 2007 heeft de minister [wederpartij] een boete van € 16.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 17 december 2007 heeft de minister het daartegen door [wederpartij] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 26 februari 2009, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank, voor zover thans van belang, het daartegen door [wederpartij] ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en het besluit van 26 juli 2007 geschorst tot zes weken nadat het nieuw te nemen besluit op bezwaar bekend is gemaakt. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 9 april 2009, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 20 mei 2009. Deze brieven zijn aangehecht.

[wederpartij] heeft een verweerschrift ingediend.

Bij brief van 20 augustus 2009 heeft de minister een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak, gelijktijdig met de zaken nrs. 200902484/1/V6, 200902485/1/V6 en 200902489/1/V6, ter zitting behandeld op 22 oktober 2009, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. M.M. Odijk, werkzaam bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en [wederpartij], vertegenwoordigd door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, zijn verschenen.

Bij onderscheiden brieven van 30 oktober 2009 heeft de Afdeling partijen medegedeeld dat de behandeling van deze zaak wordt aangehouden in afwachting van de antwoorden van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (thans: het Hof van Justitie van de Europese Unie) op de door de Afdeling bij onder meer de verwijzingsuitspraak van 29 juli 2009 in zaak nr. 200801014/1 gestelde prejudiciële vragen.

Bij arrest van 10 februari 2011 in de gevoegde zaken C-307/09 tot en met C-309/09 (Vicoplus e.a.; www.curia.europa.eu; hierna: het arrest), heeft het Hof de door de Afdeling gestelde vragen beantwoord.

Bij brief van 10 augustus 2011 heeft de minister een nadere reactie ingediend. Bij brief van 17 augustus 2011 heeft [wederpartij] een nadere reactie ingediend.

De Afdeling heeft de behandeling van de zaak, gelijktijdig met die van de zaken nrs. 200902484/1/V6, 200902485/1/V6 en 200902489/1/V6, ter zitting voortgezet op 10 november 2011, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. M. Hokke, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en [wederpartij], vertegenwoordigd door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Op dit geding is de Wav van toepassing zoals die wet luidde tot de inwerkingtreding van de wet van 25 juni 2009 (Stb. 2009, 265) op 1 juli 2009.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef, 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, van de Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

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

Ingevolge 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, 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 artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder b, is de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een rechtspersoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 45.000,00.

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, zoals die ten tijde van belang luiden, (hierna: de beleidsregels), wordt bij de berekening van een boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Wav, voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav' (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

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

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, van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 56, eerste alinea, van het VWEU, zijn in het kader van de volgende bepalingen de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 50, laatste alinea, van het EG-Verdrag, 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, 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, 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 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.

Volgens artikel 1, eerste lid, van richtlijn 96/71 EG 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.

Volgens 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.

2.2. Het op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 2 januari 2007 (hierna: het boeterapport) houdt in dat op 11 mei 2006 vier vreemdelingen van Poolse nationaliteit (hierna: de vreemdelingen) op het bedrijf van [wederpartij] werkzaamheden verrichtten bestaande uit het handmatig oogsten van champignons en het schoonspuiten van de hal voor de kweekcellen, terwijl daarvoor geen tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven. Het boeterapport houdt voorts in dat de vreemdelingen via het Poolse bedrijf [bedrijf], gevestigd te Lebork (Polen), aan [wederpartij] ter beschikking waren gesteld.

2.3. De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat hij zich niet zonder meer op het standpunt heeft kunnen stellen dat sprake is geweest van

dienstverlening uitsluitend bestaande uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, maar nader onderzoek had moeten verrichten naar de vraag of de vreemdelingen onder directe verantwoordelijkheid van [bedrijf] werkten, zij hun hoofdactiviteit in Polen uitoefenden en er aanwijzingen zijn dat zij na de werkzaamheden bij [wederpartij] naar Polen zouden terugkeren. De minister voert hiertoe aan dat, samengevat weergegeven, de rechtbank niet heeft onderkend dat voldoende onderzoek is verricht om te concluderen dat sprake is geweest van het enkel ter beschikking stellen van arbeidskrachten door [bedrijf] aan [wederpartij], zodat de eis van tewerkstellingsvergunningen niet in strijd is met de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, de artikelen 56 en 57 van het VWEU.

2.4. Bij onder meer de verwijzingsuitspraak van 29 juli 2009 in zaak nr. 200801014/1, heeft de Afdeling het Hof verzocht bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de twee, hieronder vermelde, vragen. De Afdeling heeft in die uitspraak overwogen dat uit de toelichting bij het Besluit volgt dat, voor zover thans van belang, artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit ziet op terbeschikkingstellingsituaties als bedoeld in artikel 1, derde lid, onder c, van richtlijn 96/71/EG. De gestelde vragen luiden als volgt:

"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, onder c, van richtlijn 96/71 EG?"

2.4.1. Het Hof heeft in het arrest deze vragen als volgt beantwoord:

"1. De artikelen 56 VWEU en 57 VWEU verzetten zich er niet tegen dat een lidstaat, gedurende de overgangperiode die is voorzien in hoofdstuk 2, punt 2, van bijlage XII bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond, vereist dat voor de terbeschikkingstelling in de zin van artikel 1, lid 3, sub c, 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, op zijn grondgebied, van werknemers die Pools onderdaan zijn, een tewerkstellingsvergunning wordt verkregen.

2. De terbeschikkingstelling van werknemers in de zin van artikel 1, lid 3, sub c, van richtlijn 96/71 is een dienstverrichting tegen vergoeding waarbij de ter beschikking gestelde werknemer in dienst blijft van de dienstverrichtende onderneming en er geen arbeidsovereenkomst tot stand komt met de inlenende onderneming. Zij wordt erdoor gekenmerkt dat de verplaatsing van de werknemer naar de lidstaat van ontvangst het doel op zich van de dienstverrichting door de dienstverlenende onderneming vormt en dat deze werknemer zijn taken onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming vervult."

2.4.2. Uit de beantwoording van de eerste vraag volgt dat de eis van een tewerkstellingsvergunning in geval van dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het

Besluit, niet in strijd is met de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, de artikelen 56 en 57 van het VWEU. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de rechtbank terecht heeft overwogen dat de minister zich zonder voldoende onderzoek op het standpunt heeft gesteld dat de dienstverrichting door [bedrijf] in dit geval alleen heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de hiervoor bedoelde zin.

2.4.3. Niet in geschil is dat de vreemdelingen ten tijde van de controle door de Arbeidsinspectie op 11 mei 2006 in dienst waren bij [bedrijf].

2.4.4. Uit het boeterapport blijkt dat [bedrijf] vanaf 27 september 2005 tot en met 31 augustus 2006 op elkaar aansluitende aannemingsovereenkomsten heeft gesloten met [wederpartij] tot het verrichten van oogstwerkzaamheden, verpakkingswerkzaamheden, naoogstwerkzaamheden en teeltwerkzaamheden op de champignonkwekerij van [wederpartij]. Uit met name de artikelen 5, 6, 8 en 10 van deze overeenkomsten blijkt dat [bedrijf] zich heeft verplicht te allen tijde zoveel werknemers aan [wederpartij] ter beschikking te stellen, dat de voortgang en de kwaliteit van de werkzaamheden geen nadeel ondervinden, alsmede heeft gegarandeerd dat een gemiddelde wekelijkse champignonooft van 900 kilo per werknemer zal worden behaald. Tevens was [bedrijf] op grond van de aannemingsovereenkomst gehouden wekelijks voor een behoorlijke en tijdige facturering van het aan [wederpartij] in rekening te brengen evenredig gedeelte van de aannemingsom zorg te dragen en is [wederpartij] gemachtigd een gedeelte van de betalingen aan [bedrijf] rechtstreeks op de bankrekeningen van de ontvanger der rijksbelastingen en het UWV te storten. Uit het boeterapport en de daarbij horende verklaringen blijkt verder dat de vreemdelingen hebben verklaard dat [bedrijf] een uitzendbureau is.

Gelet hierop bestaat voldoende grond voor het oordeel dat de verplaatsing van de werknemers naar Nederland het doel op zich was van de dienstverrichting door [bedrijf]. De vraag of de vreemdelingen na afloop van hun werkzaamheden bij [wederpartij] naar Polen zijn teruggekeerd, behoeft niet te worden beantwoord, nu het Hof in punt 49 van het arrest heeft overwogen dat het feit dat de werknemer aan het einde van de tewerkstelling elders terugkeert naar zijn lidstaat van herkomst, niet uitsluit dat deze werknemer in de lidstaat van ontvangst ter beschikking was gesteld in de zin van artikel 1, derde lid, onder c, van richtlijn 96/71 EG.

2.4.5. Uit het boeterapport en de daarbij behorende verklaringen blijkt verder dat de [vreemdeling A], [vreemdeling B] en [vreemdeling C] hebben verklaard dat zij opdrachten kregen van [wederpartij]. Zo werden elke dag de instructies gegeven op een bord in de kantine. Deze instructies golden voor iedereen wiens naam op het bord stond. De vreemdelingen kregen te horen in welke cel zij moesten plukken. Uit de verklaring van de vreemdeling [vreemdeling B] blijkt tevens dat de vreemdelingen bij problemen binnen het bedrijf naar [wederpartij] gingen.

Gelet hierop bestaat voldoende grond voor het oordeel dat de vreemdelingen de werkzaamheden hebben verricht onder toezicht en leiding van [wederpartij].

2.4.6. Gelet op het vorenstaande heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat de dienstverrichting door [bedrijf] in dit geval heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit, zodat hij bevoegd was om [bedrijf], wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, een boete op te leggen. De rechtbank is derhalve ten onrechte tot het oordeel gekomen dat de minister zich niet zonder meer op dit standpunt heeft kunnen stellen, maar nader onderzoek had moeten verrichten.

Het betoog slaagt.

2.4.7. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van [wederpartij] tegen het besluit van de minister van 17 december 2007 alsnog ongegrond verklaren.

2.5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

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 rechtbank Arnhem van 26 februari 2009 in zaak nr. 08/295;

III. verklaart het ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. B. van Wagtendonk, voorzitter, en mr. M.A.A. Mondt-Schouten en mr. A.B.M. Hent, leden, in tegenwoordigheid van mr. L. Groenendijk, ambtenaar van staat.

w.g. Van Wagtendonk w.g. Groenendijk
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 1 februari 2012

164.