

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BY3698
Datum uitspraak	21 november 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 3 augustus 2007 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 192.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen.

Volledige tekst

200901754/1/V6.

Datum uitspraak: 21 november 2012

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 11 februari 2009 in zaak nr. 08/457 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 3 augustus 2007 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 192.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen.

Bij besluit van 10 januari 2008 heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 11 februari 2009 heeft de rechtbank het daartegen door [appellante] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld. De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 2 september 2009, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, en de minister, vertegenwoordigd door mr. M. Hokke, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Bij brief van 17 december 2009 heeft de Afdeling [appellante] en de minister bericht dat de

behandeling van het hoger beroep wordt aangehouden tot het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak heeft gedaan over vragen gesteld bij verwijzingsuitspraken van 29 juli 2009 in de zaken nrs. 200801014/1, 200804042/1/V6 en 200900248/1/V6.

Bij arrest van 10 februari 2011 (hierna: het arrest Vicoplus) heeft het Hof in zaken nr. C-307/09 tot en met C-309/09, Vicoplus SC PUH, een prejudiciële beslissing gegeven (www.curia.europa.eu).

De Afdeling heeft de zaak opnieuw ter zitting behandeld op 4 oktober 2011, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, en de minister, vertegenwoordigd door mr. G. Bunte, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Bij besluit van 27 oktober 2011 heeft de minister besluit van 10 januari 2008 ingetrokken en het besluit van 3 augustus 2007 herroepen.

Bij brieven van onderscheidenlijk 13 januari 2012, 31 januari 2012 en 20 maart 2012 hebben [appellante] en de minister nadere stukken ingediend.

De behandeling van de zaak ter zitting is voortgezet op 29 mei 2012, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, en de minister, vertegenwoordigd door mr. G. Bunte en mr. M. Hokke, beiden werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Overwegingen

1. In het besluit van 27 oktober 2011 heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat, gezien het arrest Vicoplus, het eerder door hem ingenomen standpunt dat zich een situatie voordoet van grensoverschrijdende dienstverrichting die louter bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten niet langer standhoudt. Bij dit besluit is de minister tevens overgegaan tot een vergoeding van bij [appellante] in verband met de behandeling van het bezwaar opgekomen kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) tot een bedrag van € 874,00 voor door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, een zelfde bedrag voor de rechtsbijstand in de beroepsprocedure, alsmede een vergoeding van € 302,00 voor het door [appellante] betaalde griffierecht voor de behandeling van het beroep bij de rechtbank. Voor een verdergaande schadevergoeding ziet de minister geen aanleiding. [appellante] trekt haar hoger beroep daarom niet in.

2. De minister voert aan dat de intrekking van het besluit van 10 januari 2008 en de herroeping van het besluit van 3 augustus 2007 geen erkenning van de onrechtmatigheid van de boete inhouden. Ter toelichting heeft de minister op de zitting van 29 mei 2012 naar voren gebracht dat het arrest Vicoplus is gewezen na de boeteoplegging, zodat bij de boetebesluiten daarmee geen rekening kon worden gehouden.

2.1. Nu de intrekking van het besluit van 10 januari 2008 en de herroeping van het besluit van 3 augustus 2007 geen erkenning van de onrechtmatigheid van de boete inhouden, heeft [appellante], gelet op de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van de haar opgelegde boete, ondanks die intrekking en herroeping nog steeds belang bij een beoordeling van de juistheid van het oordeel van de rechtbank omtrent de rechtmatigheid van het besluit van 10 januari 2008.

2.2. Uit vaste jurisprudentie van het Hof (arrest van 13 april 2010 in zaak nr. C-73/08 Bressol e.a.; www.curia.europa.eu) volgt dat, ingeval het aan een voorschrift van het Unierecht

uitlegging geeft, de rechter het aldus uitgelegde voorschrift ook kan en moet toepassen op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan en tot stand gekomen vóór het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist, behoudens zich hier niet voordoende uitzonderingen. Het betoog van de minister dat het arrest Vicoplus niet kan afdoen aan de rechtmatigheid van het besluit van 10 januari 2008 omdat het van na dat besluit dateert, faalt derhalve.

2.3. Het op ambtseed door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) opgemaakte boeterapport van 8 januari 2007, houdt in dat op 26 april 2006 24 vreemdelingen van Poolse nationaliteit zijn aangetroffen bij [appellante], terwijl zij arbeid verrichtten bestaande uit het oogsten en verzendklaar maken van champignons.

De vreemdelingen hebben tijdens hun gehoren aangegeven arbeid te verrichten voor [belanghebbende], een in Polen gevestigde ondernemer.

[appellante] heeft op 10 april 2006 met [belanghebbende] een aannemingsovereenkomst gesloten. Krachtens deze overeenkomst zal [belanghebbende] ten behoeve van [appellante] in de periode beginnende op 10 april 2006 en eindigend op 5 mei 2006 champignons plukken, verpakken, afwegen en transportklaar maken, alsmede de aanvoerwagens bedienen, alle bedrijfsruimtes schoonhouden en andere diverse werkzaamheden verrichten, voor zover voornoemde activiteiten niet door anderen worden uitgevoerd.

In artikel 4 van de overeenkomst is bepaald dat de werknemers van [belanghebbende] de werkzaamheden onder toezicht en onder leiding van [belanghebbende] verrichten. Zij dienen daarbij zijn aanwijzingen op te volgen. [appellante] is niet gerechtigd over genoemde werknemers enigerlei gezag, leiding of toezicht uit te oefenen.

Een van de vreemdelingen is sinds 1 februari 2006 in dienst van [belanghebbende], negen vreemdelingen zijn sinds 10 april 2006 bij hem in dienst en de overige vreemdelingen zijn sinds 24 april 2006 in dienst. De arbeidsovereenkomsten zijn geldig tot 10 mei 2006, dan wel 30 juni 2006.

2.4. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de dienstverrichting van [belanghebbende] aan [appellante] bestond uit het louter ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

2.5. Volgens artikel 1, eerste lid, van richtlijn 96/71 EG (PB 1997 L 18; hierna: de richtlijn) is de richtlijn van toepassing op in een lidstaat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen, overeenkomstig lid 3, werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een andere lidstaat.

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 lidstaat ter beschikking stellen, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze lidstaat 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 lidstaat 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 lidstaat 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.

2.6. Volgens het arrest *Vicoplus* is de terbeschikkingstelling van werknemers in de zin van artikel 1, derde lid, onder 3, van de richtlijn, 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, en wordt deze terbeschikkingstelling erdoor gekenmerkt dat de verplaatsing van de werknemer naar de lidstaat van ontvangst het doel op zich van de dienstverrichting door de diensverlenende onderneming vormt en deze werknemer zijn taken onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming vervult.

2.7. Niet in geschil is dat de vreemdelingen ten tijde van de onder 2.2 vermelde feiten in dienst van [belanghebbende] waren en geen arbeidsovereenkomst met [appellante] hadden.

2.8. Mede gelet op het verhandelde ter zitting op 4 oktober 2011 bestaat geen grond voor het oordeel dat de vreemdelingen hun taken onder toezicht en leiding van [appellante] hebben vervuld. Op grond van de stukken, vooral de verklaringen van de vreemdelingen en de aannemingsovereenkomst van 10 april 2006, moet worden aangenomen dat de vreemdelingen hun werkzaamheden onder toezicht en leiding van de in Polen gevestigde ondernemer [belanghebbende] hebben verricht. Hieruit volgt reeds dat niet aan alle drie door het Hof geformuleerde criteria is voldaan. De boete is daarmee onrechtmatig. Het betoog van [appellante] onder 2.4 slaagt.

3. Het hoger beroep is gegrond. Hetgeen overigens is aangevoerd behoeft geen bespreking. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het inleidende beroep alsnog gegrond verklaren en met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb op na te melden wijze zelf in de zaak voorzien.

Nu sprake is van een van rechtswege ontstaan beroep tegen het besluit van 27 oktober 2011, als bedoeld in artikel 6:19 van de Awb, en de onder 2 genoemde niet-erkenning van de onrechtmatigheid van het ingetrokken besluit reeds maakt dat met het besluit van 27 oktober 2011 niet geheel aan de bezwaren van [appellante] tegemoet is gekomen, heeft [appellante] bij dit beroep belang, als bedoeld in het derde lid van dit artikel. Onder verwijzing naar hetgeen onder 2.8 is overwogen, verklaart de Afdeling het beroep tegen het besluit van 27 oktober 2011 gegrond. De Afdeling vernietigt dit besluit, voor zover de minister daarin erkenning van de onrechtmatigheid van de boete achterwege heeft gelaten.

4. [appellante] heeft de Afdeling verzocht haar met toepassing van artikel 8:73 van de Awb een schadevergoeding toe te kennen. Daartoe heeft [appellante] vier schadeposten ingebracht.

Advocaatkosten

4.1. [appellante] betoogt dat de daadwerkelijk gemaakte advocaatkosten uitkomen op een bedrag van € 19.225,00. Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling (uitspraken van 12 november 2008 in zaak nr. 200802261/1 en 20 juli 2011 in zaak nr. 201003186/1/H2I) volgt dat de vergoeding van zodanige kosten dient te worden bepaald met toepassing van artikel 8:75 van de Awb in samenhang met het Besluit proceskosten bestuursrecht. Gelet op het exclusief karakter van deze regeling is voor vergoeding van advocaatkosten langs de weg van

artikel 8:73 van de Awb geen plaats. Deze schadepost komt derhalve niet voor honorering in aanmerking.

Accountants- en advieskosten

4.2. De door [appellante] overgelegde stukken betreffende haar accountant KPMG Audit en haar adviseur Wimelgo Advies maken onvoldoende inzichtelijk of en in hoeverre de gestelde beloningen inzake besprekingen en het opstellen van cijfers en liquiditeitsprognoses direct betrekking hebben op de hoogte van de schadeclaim dan wel de financiering van de te betalen boete en de gevolgen daarvan voor de bedrijfsvoering van [appellante]. Vanwege het onvoldoende gespecificeerd zijn van deze kosten komt de schadepost niet voor honorering in aanmerking.

Eigen uren directie

4.3. Volgens [appellante] hangen de in dit verband gemaakte kosten samen met de besprekingen met de advocaat, accountant en adviseur. De genoemde kosten zijn naar het oordeel van de Afdeling niet als zelfstandige kosten aan te merken. Voorts zijn zij onvoldoende gespecificeerd om voor vergoeding in aanmerking te komen.

Gederfde winst

4.4. [appellante] betoogt dat door de onduidelijkheid die door de opgelegde boete is ontstaan ABN-AMRO Bank haar heeft geweigerd krediet te verstrekken ter financiering van de aankoop van een champignonbedrijf te Zuilichem. Nu de koop niet is doorgegaan, heeft zij een gederfde winst van € 600.000,00, alsdus [appellante].

4.4.1. [appellante] heeft niet aannemelijk gemaakt dat de gestelde schade, wat er verder zij van de hoogte daarvan, rechtstreeks voortvloeit uit het besluit van 10 januari 2008, nu zij niet inzichtelijk heeft gemaakt dat het voor haar niet mogelijk was op andere wijze in de financiering te voorzien. Deze schadepost komt derhalve evenmin voor honorering in aanmerking.

5. De Afdeling wijst het verzoek om schadevergoeding in zoverre af. Om de hierna onder 5.1 en 5.2 aangegeven redenen bestaat in dit geval aanleiding om, bij wijze van uitzondering, ambtshalve nog nader te onderzoeken of termen aanwezig zijn voor toekenning van een schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn, bedoeld in artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM).

5.1. De aan [appellante] opgelegde boete is aan te merken als een punitieve sanctie, waarop artikel 6 van het EVRM van toepassing is.

Ingevolge het eerste lid van dit artikel heeft een ieder bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van de Afdeling van 14 maart 2007 in zaak nr. 200604911/1), is de redelijke termijn, als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM overschreden, indien de duur van de totale procedure onredelijk lang is. Voorts heeft, zoals volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij de Afdeling zich aansluit, voor de beslechting van het geschil aangaande een punitieve sanctie in hoger beroep als uitgangspunt te gelden dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt, indien, behoudens bijzondere omstandigheden, niet binnen vier jaar nadat die termijn is

aangevangen uitspraak is gedaan en dat deze termijn aanvangt op het moment dat vanwege het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlelen dat aan hem een boete zal worden opgelegd (arrest van de Hoge Raad van 22 april 2005, nr. 37984; AB 2006, 11). Voor de bepaling van de redelijke termijn dient de tijd die gemoeid is geweest met het verkrijgen van een prejudiciële beslissing van het Hof echter niet te worden meegerekend indien het afwachten van die beslissing redelijk is (arrest van de Hoge Raad van 9 april 2010, nr. 07/10306; AB 2010, 266).

5.2. [appellante] heeft aan de boetekennisgeving van 31 mei 2007 in redelijkheid de verwachting kunnen ontlelen dat aan haar een boete zou worden opgelegd. Het afwachten van het arrest Vicoplus was redelijk in verband met de beoordeling van het onder 2.4 weergegeven betoog. Na aftrek van de daarmee gemoeide tijd was de situatie bij het sluiten van het onderzoek op de zitting van 29 mei 2012 zo dat er op dat moment geen overschrijding van de redelijke termijn was. Zodanige overschrijding was toen, uitgaande van de in artikel 8:66 van de Awb neergelegde termijn voor het doen van een schriftelijke uitspraak, evenmin te voorzien, zodat er voor [appellante] ook geen reden was daarover te klagen.

5.3. De beslechting van het geschil in hoger beroep is geëindigd met de uitspraak van heden, zodat de procedure in totaal ruim vier jaar en drie maanden heeft geduurd. Daarmee is de redelijke termijn, nu zich geen bijzondere omstandigheden voordoen die maken dat de vertraging is veroorzaakt door [appellante] en aan haar moet worden toegerekend, met ruim drie maanden overschreden.

In de gevallen waarin de redelijke termijn met niet meer dan zes maanden is overschreden, wordt de boete verminderd met 5% met een maximum van € 2.500,00. Derhalve dient aan [appellante] ter compensatie van de overschrijding van de redelijke termijn het maximale bedrag van € 2.500,00 te worden toegekend ten laste van de minister.

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

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 11 februari 2009 in zaak nr. 08/457;

III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 10 januari 2008, kenmerk AI/JZ/2007/29489/BOB;

V. herroept het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 juli 2007, kenmerk 070700144/05;

VI. verklaart het beroep tegen het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 27 oktober 2011, kenmerk WBJA/JA-WAV/2009/6397/BOB2 gegrond;

VII. vernietigt dat besluit, voor zover de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid daarin erkenning van de onrechtmatigheid van de boete achterwege heeft gelaten;

VIII. verstaat dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de onrechtmatigheid van

de boete heeft erkend;

IX. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde gedeelte van het besluit van 27 oktober 2011;

X. bepaalt dat aan [appellante] een bedrag van € 2.500,00 (zegge: vijftientwighonderd euro) wordt toegekend ten laste van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid;

XI. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [appellante] in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1127,00 (zegge: elfhonderdzevenentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

XII. gelast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellante] het door hem betaalde griffierecht ten bedrage van € 447,00 (zegge: vierhonderdzevenenveertig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. A.W.M. Bijloos en mr. R. van der Spoel, leden,

in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink w.g. Groeneweg
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 21 november 2012

32.