

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:BY9197
Datum uitspraak	23 januari 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 3 mei 2007 heeft de minister [appellant sub 1] een boete opgelegd van € 128.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201205469/1/V6.

Datum uitspraak: 23 januari 2013

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. [appellant sub 1], gevestigd te [plaats],
2. de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 24 april 2012 in zaak nr. 08/5152 in het geding tussen:

[appellant sub 1]

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 3 mei 2007 heeft de minister [appellant sub 1] een boete opgelegd van € 128.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 19 november 2008 heeft de minister het daartegen door [appellant sub 1] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 24 april 2012 heeft de rechtbank het daartegen door [appellant sub 1] ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, het besluit van 3 mei 2007 herroepen, de boete op € 91.100,00 vastgesteld en bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit, voor zover het de hoogte van de boete betreft. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben [appellant sub 1] en de minister ieder hoger beroep ingesteld.

[appellant sub 1] en de minister hebben ieder een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 22 november 2012, waar [appellant sub 1], vertegenwoordigd door J.L.M. Hassing en [bedrijfsleider], bijgestaan door mr. R.G.J. Laan, advocaat te Hoorn, en de minister, vertegenwoordigd door mr. M.R. Mol, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Overwegingen

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 en 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 18, eerste lid, 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 de Wav, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

Ingevolge het tweede lid gelden de terzake van de Wav gestelde overtredingen ten opzichte van elk persoon met of ten aanzien van wie een overtreding 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 beleidsregel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav (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 Wet arbeid vreemdelingen' (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

Volgens beleidsregel 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, van de Wav op € 8.000,00 per persoon per beboetbaar feit gesteld.

Ingevolge artikel 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav, (hierna: het Besluit) 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 (hierna: 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.

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 behoefte de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 50, laatste alinea, van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 57, laatste alinea, van het VWEU, 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 tussen 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 de 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, (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 het derde lid, werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een andere lidstaat.

Volgens het derde lid is de richtlijn van toepassing voor zover de in het eerste lid 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. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 8 december 2006 houdt in dat uit een onderzoek op 27 juni 2006 is gebleken dat zestien vreemdelingen van Poolse nationaliteit in dienst van de vennootschap naar Pools recht [bedrijf] in het bedrijf van [appellant sub 1] arbeid hebben verricht, bestaande uit het bossen van bloemen en het in kratten en dozen plaatsen van bossen bloemen, zonder dat tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven.

3. De overweging van de rechtbank dat de minister de boete voor drie van de zestien vreemdelingen ten onrechte heeft opgelegd, zodat deze in zoverre tot € 104.000,00 dient te worden verminderd, is in hoger beroep niet bestreden.

4. [appellant sub 1] betoogt dat de rechtbank ten onrechte het standpunt van de minister heeft onderscheven dat sprake was van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1e, eerste lid, onder c, van het Besluit. Hiertoe voert [appellant sub 1] aan dat ten tijde van de hiervoor in 2 vermelde feiten onduidelijk was welke criteria golden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zodat het niet redelijk is om een boete op te leggen. Voorts heeft de rechtbank volgens [appellant sub 1] ten onrechte doorslaggevend betekenis toegekend aan de verklaringen van de voorzitter van het bestuur van [bedrijf], [voorzitter], dat [bedrijf] alleen arbeid levert en er geen verschil tussen [bedrijf] en een uitzendbureau is. Volgens haar heeft [voorzitter] slechts zijn mening over de bedrijfsactiviteiten van [bedrijf] gegeven en kon een medewerkster van de Arbeidsinspectie desgevraagd het verschil tussen uitzendwerk en aanneming van werk niet uitleggen. Voorts voert [appellant sub 1] aan dat de rechtbank heeft miskend dat op grond van de verklaringen van de acht gehoorde vreemdelingen, de bedrijfsleider van [appellant sub 1], [bedrijfsleider], noch [voorzitter], onomstotelijk kan worden vastgesteld dat [appellant sub 1] leiding en toezicht over de vreemdelingen uitoefende.

4.1. Uit de toelichting bij het Besluit volgt dat artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit, ziet op terbeschikkingstellingsituaties als bedoeld in artikel 1, derde lid, onder c, van de richtlijn.

Volgens het Hof van Justitie in het arrest van 10 februari 2011, zaken C-307/09 t/m C-309/09, Vicoplus SC PUH, (www.curia.europa.eu) 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.

4.2. Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie (arrest van 13 april 2010, Bressol, zaak C-73/08; 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.

4.3. Niet in geschil is dat de dertien desbetreffende vreemdelingen ten tijde van de hiervoor in 2 vermelde feiten in dienst van [bedrijf] waren en geen arbeidsovereenkomst met [appellant sub 1] hadden.

4.4. De rechtbank heeft terecht het standpunt van de minister onderschreven dat de verplaatsing van de werknemers naar Nederland het doel op zich van de dienstverrichting van [bedrijf] was. Hierbij is van belang dat niet in geschil is dat [bedrijf] in Polen geen reële en daadwerkelijke economische activiteiten heeft ontplooid en [voorzitter] heeft verklaard dat [bedrijf] alleen arbeid levert. Dat een medewerkster van de Arbeidsinspectie tijdens de controle het verschil tussen uitzendwerk en aanneming van werk niet kon uitleggen, doet aan het voorgaande niet af.

4.5. De rechtbank heeft eveneens terecht het standpunt van de minister onderschreven dat [appellant sub 1] leiding en toezicht over de desbetreffende vreemdelingen uitoefende. Dat de vreemdelingen met een eigen voorman en eigen leidinggevenden werkten, doet er niet aan af dat [bedrijfsleider], zoals hij heeft verklaard, leiding en toezicht uitoefende. Dat niet alle vreemdelingen een medewerker van [appellant sub 1] als leidinggevende hebben aangewezen, doet er evenmin aan af dat [bedrijfsleider] leiding en toezicht heeft uitgeoefend.

Het betoog faalt.

5. Gelet op de uitspraak van de Afdeling van 29 juni 2011 in zaak nr. 201011981/1/V6 faalt het beroep van [appellant sub 1], met verwijzing naar de gewijzigde positie van Poolse onderdanen op de Nederlandse arbeidsmarkt met ingang van 1 mei 2007, op het beginsel dat de voor de overtreder gunstigste wetgeving moet worden toegepast indien deze na de overtreding is gewijzigd.

6. [appellant sub 1] betoogt dat de rechtbank de boete van € 104.000,00 ten onrechte slechts met € 10.400,00 heeft gematigd. Hiertoe voert zij aan dat de rechtbank heeft miskend dat zij al het mogelijke onderzoek heeft verricht en zij derhalve niet dan wel zeer verminderd verwijtbaar heeft gehandeld. Hierbij is volgens haar van belang dat een bericht van de CWI, waarin is vermeld dat werkgevers uit de Europese Unie, indien zij in Nederland een dienst verrichten met eigen werknemers uit Polen, kunnen volstaan met een notificatie vooraf, voor haar geen aanleiding hoefde te vormen om nader onderzoek te doen, omdat er naar haar mening geen sprake was van uitzendwerk en hierover vóór voormeld arrest van 10 februari 2011 onduidelijkheid bestond. De rechtbank heeft volgens haar voorts niet gemotiveerd waaruit het door haar te verrichten nader onderzoek had moeten bestaan. Ten slotte voert zij aan dat de rechtbank op grond van haar constatering dat [appellant sub 1] slechts één fout heeft gemaakt, namelijk de arbeid van de vreemdelingen te notificeren in plaats van tewerkstellingsvergunningen aan te vragen, en voor dertien vreemdelingen wordt beboet, de

boete meer had dienen te matigen. Volgens [appellant sub 1] heeft zij slechts een administratieve fout gemaakt, zodat de rechtbank aansluiting had moeten zoeken bij het beleid van de minister inzake overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wav. Ter ondersteuning van haar betoog dat een boete van € 93.600,00, opgelegd vanwege een administratieve fout, onevenredig is, doet zij voorts een beroep op de uitspraak van de Afdeling van 30 december 2009 in zaak nr. 200900255/1/V6, een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda van 24 oktober 2011 (LJN: BT8908) en een arrest van het gerechtshof 's-Gravenhage van 24 februari 2012 (LJN: BW1019).

6.1. De minister betoogt dat de rechtbank de boete van € 104.000,00 ten onrechte met € 10.400,00 heeft gematigd. Hiertoe voert hij aan dat de rechtbank heeft miskend dat [appellant sub 1] volledig verwijtbaar heeft gehandeld en de boete voor dertien vreemdelingen rechtstreeks uit artikel 19a, tweede lid, van de Wav, volgt. Volgens de minister heeft [appellant sub 1] door vóór de aanvang van de werkzaamheden geen verdere navraag te doen bewust het risico genomen om in strijd met de Wav te handelen. Volgens de minister doen daaraan niet af de door de rechtbank van belang geachte omstandigheden dat [appellant sub 1] na constatering van de overtreding opening van zaken heeft gegeven, niet de regels heeft willen omzeilen, een aannemingsovereenkomst tussen haar en [bedrijf] heeft overgelegd, dat een medewerkster van de Arbeidsinspectie haar, nadat de overtreding had plaatsgevonden, het verschil tussen aanneming van werk en uitzendarbeid niet kon uitleggen, dat voor de werkzaamheden was genotificeerd en er inmiddels vrij verkeer van Poolse werknemers is.

6.2. Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, om de aanwending van een bevoegdheid van de minister. De minister moet bij de aanwending van deze bevoegdheid de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, derde lid, van de Wav, heeft de minister beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Deze beleidsregels zijn door de Afdeling als zodanig niet onredelijk bevonden (zie onder meer de uitspraak van 23 juni 2010 in zaak nr. 200908558/1/V6). Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de minister in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is.

De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van de minister met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

6.3. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat [appellant sub 1] artikel 2, eerste lid, van de Wav, heeft overtreden. Nu voormeld bericht van de CWI geen uitsluitend bood over de vraag of voor de arbeid van de desbetreffende vreemdelingen een tewerkstellingsvergunning was vereist en [appellant sub 1] hierover geen navraag bij de CWI heeft gedaan, terwijl dit wel van haar had kunnen worden verwacht, heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat [appellant sub 1] volledig verwijtbaar heeft gehandeld. Van een administratieve fout was derhalve geen sprake. Dat voor dertien vreemdelingen cumulatief een boete kan worden opgelegd, volgt rechtstreeks uit artikel 19a, tweede lid, van de Wav, zodat hierin geen grond voor matiging

kan zijn gelegen. Dat er inmiddels vrij verkeer van Poolse werknemers is, doet aan de ernst van de overtreding voorts niet af. De rechtbank heeft de boete van € 104.000,00 derhalve ten onrechte met € 10.400,00 gematigd.

Het betoog van [appellant sub 1] faalt. Het betoog van de minister slaagt.

7. Het hoger beroep van [appellant sub 1] is ongegrond. Het hoger beroep van de minister is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover het de hoogte van de door de rechtbank vastgestelde boete betreft. Nu in hoger beroep niet is bestreden dat de boete vanwege overschrijding van de redelijke termijn in eerste aanleg met 10%, met een maximum van € 2.500,00, dient te worden verminderd, zal de boete worden vastgesteld op € 101.500,00.

8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep van [appellant sub 1] ongegrond;

II. verklaart het hoger beroep van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gegrond;

III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 24 april 2012 in zaak nr. 08/5152, voor zover het de hoogte van de door de rechtbank vastgestelde boete betreft;

IV. bevestigt die uitspraak voor het overige;

V. bepaalt dat het bedrag van de boete voor [appellant sub 1] wordt vastgesteld op € 101.500,00 (zegge: honderdeenduizendvijfhonderd euro).

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. D. Roemers en mr. J.J. van Eck, leden, in tegenwoordigheid van mr. T. Hartsuiker, ambtenaar van staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Hartsuiker
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 23 januari 2013

620.