

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:BZ2554
Datum uitspraak	27 februari 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 27 december 2010 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 176.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201206490/1/V6.

Datum uitspraak: 27 februari 2013

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats], waarvan de vennoten zijn [vennoot A] en [vennoot B],
wonend te [woonplaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 7 juni 2012 in zaak nr. 11/5570 in het
geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 27 december 2010 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 176.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 1 juni 2011 heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakte
bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 7 juni 2012 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 31 januari 2013, waar [appellante],
vertegenwoordigd door mr. M.N. Zimmerman, en de minister, vertegenwoordigd door mr.
W.F. Jacobson, 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, 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.

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 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.

Volgens artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2008 (hierna: de Beleidsregels 2008) 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 2008 is gevoegd.

Volgens artikel 5 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.

In de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, op € 8.000,00 gesteld.

Ingevolge artikel 49, eerste alinea, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag), thans, na wijziging, artikel 56, eerste alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: 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.

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 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. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 2 november 2010 houdt in dat uit administratief onderzoek over de periode van 1 januari 2009 tot en met 17 mei 2009 bij [appellante], [bedrijf A], [bedrijf B], [bedrijf C] en [bedrijf D], en uit aanvullend onderzoek is gebleken dat 22 vreemdelingen van Joegoslavische, Bosnische onderscheidenlijk Servische nationaliteit arbeid hebben verricht, bestaande uit het monteren en demonteren van flensverbindingen bij [bedrijf C] in het kader van de projecten COF 2 en 3 onderscheidenlijk het volledig afbreken en weer opbouwen van twee kraakfornuizen bij [bedrijf D] in het kader van het project Orca, terwijl geen tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven. Volgens het boeterapport was

[bedrijf D] de opdrachtgever van [bedrijf B], waren [bedrijf C] onderscheidenlijk [bedrijf B] de opdrachtgevers van [bedrijf A], was [bedrijf A] de opdrachtgever van [appellante] en waren de vreemdelingen bij [appellante] in dienst.

3. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte het standpunt van de minister heeft onderschreven dat haar dienstverlening bestond uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1e, eerste lid, onder c, van het Besluit. Hiertoe voert [appellante] aan dat de rechtbank heeft miskend dat haar dienstverlening bestond uit het aannemen van werk en niet uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in voorbedoelde zin. Volgens [appellante] duidt de op 2 april 2009 tussen haar en [bedrijf A] gesloten 'Subcontracting Agreement' (hierna: de Agreement) op aanneming van werk, werd zij door [bedrijf A] ingeschakeld om werkzaamheden van stoffelijke aard te verrichten en had [bedrijf A] geen gezag over de vreemdelingen. De rechtbank heeft volgens [appellante] ten onrechte belang gehecht aan de omstandigheden dat zij op uurbasis heeft gefactureerd, aangezien dit niet ongebruikelijk is bij aanneming van werk, en dat in de Agreement niet specifiek is vermeld voor welke projecten arbeid zou worden verricht, aangezien de te verrichten werkzaamheden wel duidelijk zijn omschreven. Voorts heeft de rechtbank volgens haar ten onrechte belang gehecht aan de omstandigheden dat de vreemdelingen samen met werknemers van [bedrijf A] aan het project Orca hebben gewerkt en van dezelfde apparatuur, materialen en veiligheidsmiddelen als die werknemers gebruik hebben gemaakt, nu dit laatste om veiligheidsredenen is gebeurd. Voorts voert [appellante] aan dat de rechtbank heeft miskend dat zij, en niet [bedrijf A], leiding en toezicht over de vreemdelingen uitoefende. Volgens [appellante] heeft de rechtbank de verklaring van de directeur van [bedrijf A], [directeur], dat de vreemdelingen onder leiding en toezicht van een voorman van [appellante] en een voorman van [bedrijf A] stonden, onjuist geïnterpreteerd. Volgens haar had een medewerker van [bedrijf A] tot taak toe te zien op de naleving van de veiligheidsinstructies door de vreemdelingen en was er gezien de complexiteit van de projecten regelmatig overleg nodig.

3.1. 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.

3.2. 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 c, 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 dienstverlenende onderneming vormt en deze werknemer zijn taken onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming vervult.

3.3. Niet in geschil is dat de vreemdelingen ten tijde van de hiervoor in 2 vermelde feiten in dienst van [appellante] waren en geen arbeidsovereenkomst met [bedrijf A] hadden.

3.4. De minister heeft zich in het besluit van 1 juni 2011, waarbij hij het besluit van 27 december 2010 heeft gehandhaafd, op het standpunt gesteld dat de verplaatsing van werknemers van [appellante] naar Nederland het doel van de dienstverlening van [appellante] aan [bedrijf A] was. Hieraan heeft hij ten grondslag gelegd dat, samengevat weergegeven, uit het boeterapport en de verklaringen van [directeur] en de directeur van [appellante], [directeur], blijkt dat [bedrijf A] voor de uitvoering van de projecten COF 2 en 3 en Orca

onvoldoende eigen personeel had en daarom [appellante] heeft ingeschakeld voor de levering van pijpfitters, lassers, uitvoerders en voormannen. Hierbij heeft de minister van belang geacht dat [appellante] op uurbasis heeft gefactureerd en de vreemdelingen uitsluitend materialen en gereedschappen hebben gebruikt die [bedrijf A], [bedrijf C] of [bedrijf D] hen ter beschikking hadden gesteld. Volgens de minister blijkt uit de verklaringen van [directeur] en [directeur], de Agreement, noch de facturen dat aanneming van werk het doel van de dienstverlening van [appellante] was.

3.4.1. De rechtbank heeft dit standpunt van de minister terecht onderschreven. Uit de Agreement, de wijze van factureren, noch de wijze waarop de vreemdelingen hun arbeid hebben verricht, kan worden afgeleid dat het doel van de dienstverlening van [appellante] niet de verplaatsing van arbeidskrachten als bedoeld in artikel 1, derde lid, onder c, van de richtlijn, was.

In zoverre faalt het betoog.

3.5. Voorts heeft de minister zich in het besluit van 1 juni 2011 op het standpunt gesteld dat de vreemdelingen onder leiding en toezicht van [bedrijf A] stonden. Hieraan heeft hij ten grondslag gelegd dat [directeur] heeft verklaard dat de vreemdelingen onder leiding en toezicht van een werknemer van [appellante] en een werknemer van [bedrijf A] stonden en er altijd, mede om de veiligheid te waarborgen, een voorman van [bedrijf A] aanwezig was, de vertegenwoordiger van [bedrijf B], [vertegenwoordiger], heeft verklaard dat de vreemdelingen onder leiding en toezicht van [bedrijf A] stonden, [directeur] heeft verklaard dat de vreemdelingen onder leiding van voormannen van [appellante] werkten en de projectleider van [bedrijf A] per dag de opdracht en bijbehorende tekeningen aan de uitvoerder van [appellante] gaf en die op zijn beurt de opdracht aan de voorman en medewerkers van [appellante] gaf. Hierbij heeft de minister in aanmerking genomen dat in de Agreement is bepaald dat [bedrijf A] werknemers van [appellante] kan wegsturen wegens slecht functioneren.

3.5.1. De rechtbank heeft dit standpunt van de minister eveneens terecht onderschreven. Hierbij is van belang dat niet in geschil is dat bij de werkzaamheden van de vreemdelingen altijd een voorman van [bedrijf A] aanwezig was, [bedrijf A] per dag de opdracht voor de door de vreemdelingen uit te voeren werkzaamheden gaf en zij slecht functionerende werknemers van [appellante] kon wegsturen. Dat de aanwezigheid van een voorman van [bedrijf A] louter veiligheidsredenen had, blijkt niet uit de aan het boeterapport ten grondslag gelegde verklaringen van [directeur].

Ook in zoverre faalt het betoog.

4. Voor zover [appellante] beoogt te betogen dat de rechtbank heeft miskend dat bij haar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat van aanneming van werk sprake was, faalt dit betoog, reeds omdat de door haar in dit kader gestelde gedragingen van de Nederlandse vertegenwoordiging te Slovenië en de Immigratie- en Naturalisatiedienst niet aan de minister kunnen worden toegerekend.

5. Voor zover [appellante] beoogt te betogen dat de rechtbank heeft miskend dat voor de vreemdelingen is genotificeerd en zij derhalve ten onrechte is beboet, faalt dit betoog, omdat gelet op het voorgaande van notificeerbare arbeid geen sprake was.

6. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte het standpunt heeft onderschreven dat voor de hiervoor in 2 bedoelde arbeid van de vreemdelingen een tewerkstellingvergunning was vereist. Hiertoe voert [appellante] aan dat de rechtbank heeft miskend dat de vreemdelingen over Sloveense tewerkstellingsvergunningen beschikten en zij derhalve vrij

waren binnen elke lidstaat van de Europese Unie arbeid te verrichten. Hierbij verwijst [appellante] naar het arrest van het Hof van Justitie van 9 augustus 1994, C-43/93, Vander Elst, (www.curia.europa.eu).

6.1. Het betoog faalt, omdat de minister zich gelet op het voorgaande terecht op het standpunt heeft gesteld dat de dienstverlening van [appellante] bestond uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1e, eerste lid, onder c, van het Besluit. Het arrest Vander Elst ziet niet op de in die bepaling bedoelde dienstverlening.

7. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte het standpunt heeft onderschreven dat de opgelegde boete niet onevenredig is. Hiertoe voert [appellante] aan dat zij vanuit zakelijke overwegingen de aan [bedrijf A] opgelegde boete van € 176.000,00 heeft voldaan, zodat zij al voldoende is gestraft. [appellante] verwijst naar een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 april 2008 (LJN: BC8679).

7.1. 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.

7.2. Dat [appellante] de aan [bedrijf A] opgelegde boete heeft voldaan, geeft geen aanleiding de boete te matigen, omdat dat haar eigen keuze is geweest die voortvloeit uit zakelijke motieven passend binnen een normaal ondernemersrisico.

Het betoog faalt.

8. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. H. Troostwijk, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. G. van der Wiel, leden, in tegenwoordigheid van mr. T. Hartsuiker, ambtenaar van staat.

w.g. Troostwijk w.g. Hartsuiker
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 27 februari 2013

620.