



12 JUN 2015

Ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid

> Retouradres Postbus 90801 2509 LV Den Haag

Everaert Advocaten
t.a.v. de heer mr. T. Badoux
Postbus 20660
1001 NR AMSTERDAM

**Directie Wetgeving,
Bestuurlijke en Juridische
Aangelegenheden**

Postbus 90801
2509 LV Den Haag
Anna van Hannoverstraat 4
T 070 333 44 44
www.rijksoverheid.nl

Contactpersoon

Datum 11 juni 2015

Onderwerp
nieuwe beslissing op bezwaar

Onze referentie
WBJA/JA-WAV/
1.2012.0576.001/bob2

Geachte heer Badoux,

Uw referentie
HN/SvD/12.102/EJ

Bij brief van 9 maart 2012 heeft toenmalig gemachtigde mr. namens te bezwaar aangetekend tegen de beschikking van 28 februari 2012, kenmerk 071106436/03. Hierbij treft u, onder intrekking van mijn beslissing op bewaar van 16 augustus 2012, een nieuwe beslissing op bezwaar aan.

Bijlagen
- Verslag hoorzitting

A. Het verloop van de procedure

Op 18 februari 2010 werd het adres te bezocht door inspecteurs van de toenmalige Arbeidsinspectie, thans de Inspectie SZW, in verband met een administratieve controle in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav). Op voornoemd adres bevond zich een bouwplaats van de naamloze vennootschap en werd voor een uitbreiding van de bestaande afvalverbrandingscentrale gerealiseerd, het zogenaamde project had voor de bouw van het project (hierna: het consortium) ingeschakeld. De vennoten van het consortium waren

De vennoten van het consortium hebben ieder voor zich opdrachten voor het bouwen en afbreken van steigers verstrekt aan . heeft aan elke opdrachtgever apart gefactureerd. heeft op haar beurt voor het bouwen en afbreken van de steigers tot 1 november 2009 en vanaf 1 november 2009 ingeschakeld.

Het onderzoek vond plaats in de door de beveiligingsdienst van het bouwterrein aangelegde administratie van de op het project werkzame personen en in de bouwkeet van op het project. Tevens werd op 8 maart 2010, 22 maart 2010 en 28 mei 2010 onderzoek verricht bij in haar bouwkeet op het project en op haar kantoor aan de te . Het onderzoek van de inspecteurs had in totaal betrekking op de periode van 25 mei 2009 tot en met 8 maart 2010. Uit het administratief onderzoek bleek dat voor 32 personen, die kunnen worden aangemerkt als vreemdeling in de zin van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000), zonder de voor hen vereiste tewerkstellingsvergunning via en/of arbeid, bestaande uit het bouwen en afbreken van steigers, hadden verricht voor . Het betrof de volgende 32 personen:

	Naam	Nationaliteit
1.		Iraakse
2.		Marokkaanse
3.		Turkse
4.		Turkse
5.		Turkse
6.		Turkse
7.		Turkse
8.		Turkse
9.		Turkse
10.		Turkse
11.		Turkse
12.		Turkse
13.		Turkse
14.		Turkse
15.		Turkse
16.		Turkse
17.		Turkse
18.		Turkse
19.		Turkse
20.		Joegoslavische
21.		Turkse
22.		Iraakse
23.		Turkse
24.		Turkse
25.		Turkse
26.		Turkse
27.		Turkse
28.		Turkse
29.		Turkse
30.		Turkse
31.		Turkse
32.		Turkse

**Directie Wetgeving,
Bestuurlijke en Juridische
Aangelegenheden**

Datum
11 juni 2015

Onze referentie
WBJA/JA-WAV/
1.2012.0576.001/bob2

Aangezien , noch de leden van het consortium, voor deze 32 personen (hierna: de vreemdelingen) over tewerkstellingsvergunningen beschikte, constateerden de inspecteurs 32 overtredingen van artikel 2, eerste lid, Wav. Naar aanleiding hiervan heeft een van de inspecteurs een boeterapport opgemaakt. Op 28 oktober 2011 is dit boeterapport toegezonden. Op 23 december 2011 is een aanvullend boeterapport opgemaakt en aan gezonden.

Met de kennisgeving van 11 januari 2012 is op de hoogte gebracht van het voornemen haar een bestuurlijke boete op te leggen. Mr. heeft bij brief van 24 januari 2012 de zienswijze van kenbaar gemaakt.

Bij beschikking van 28 februari 2012 is een bestuurlijke boete opgelegd van € 256.000,-. Namens heeft mr. hiertegen bij brief van 9 maart 2012, door mij ontvangen op 12 maart 2012, tijdig bezwaar aangetekend. Dit bezwaarschrift is bij brief van 14 mei 2012, door mij ontvangen op 15 mei 2012, met nadere gronden aangevuld.

Gelet op artikel 7:2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is in de gelegenheid gesteld het bezwaarschrift toe te lichten tijdens een hoorzitting. Op 24 mei 2012 vond de hoorzitting plaats. Het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij deze beschikking gevoegd. Bij beslissing van 16 augustus 2012 heb ik het bezwaarschrift ongegrond verklaard. U heeft hiertegen beroep ingesteld.

Bij schrijven van 7 mei 2013 heeft de rechtbank medegedeeld dat zij de behandeling van het beroep zal aanhouden in verband met de bij verwijzingsbeslissing van 20 februari 2013 door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) gestelde prejudiciële vragen.

**Directie Wetgeving,
Bestuurlijke en Juridische
Aangelegenheden**

De rechtbank heeft mij vervolgens verzocht te reageren op het Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014 (zaak -91/13), in combinatie met de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 12 november 2014 (ECLI: NL:RVS:2014:4028).

Datum
11 juni 2015

Deze uitspraken zijn voor mij aanleiding om onderhavige nieuwe beslissing op bezwaar te nemen.

Onze referentie
WBJA/JA-WAV/
1.2012.0576.001/bob2

B. Gronden van bezwaar

In het bezwaarschrift en ter hoorzitting is, samengevat weergegeven het volgende aangevoerd.

Van het ter beschikking stellen van personeel kan slechts sprake zijn indien de hoofdzakelijk Turkse werknemers hebben gewerkt onder leiding en gezag van . heeft nimmer de leiding en het (werkgevers)gezag overgenomen van de formele werkgever(s) van de hoofdzakelijk Turkse werknemers. De werknemers waren in Nederland werkzaam onder leiding en gezag van hun Duitse werkgever in het kader van de uitvoering van een project. Van een overtreding van de Wav is geen sprake.

De feitelijke situatie op de bouwplaats is door de inspecteurs nooit nagegaan. Zij hebben nimmer geconstateerd wie welke functie had op de bouwplaats. De twee verklaringen van de werknemers van bieden onvoldoende grond om te concluderen welke personen de feitelijke leiding en toezicht hadden met betrekking tot het bouwen van de steiger. Bovendien wordt in die verklaringen gemeld dat de voormannen van een groepje onder zich hebben. Dit duidt op leiding en toezicht door .

Door tijdsdruk heeft de overeenkomst tussen en abusievelijk de benaming 'inlenen van personeel' gekregen. Hoewel in het contract van 2 november 2009 tussen en staat dat sprake is van het ter beschikking stellen van personeel, was in de praktijk sprake van aanneming van werk. Dit blijkt uit de wijze van werken. De Duitse onderaannemer werkte met vaste ploegen. De ploegen bestonden uit een eerste monteur, een tweede monteur, hulpmonteurs en/of sjouwers. Deze ploegen ontvingen werkopdrachten van verschillende voormannen van . Eén voorman van was doorgaans betrokken bij gemiddeld drie verschillende buitenlandse ploegen. Deze voormannen hadden geen bemoeienis met de wijze waarop de aangenomen werkopdrachten inhoudelijk werden uitgevoerd. De eigen voorman van de Duitse onderaannemer zorgde voor de uitvoering en de aansturing van de werknemers. De verklaringen van de vreemdelingen 5 en 16 bevestigen deze werkwijze.

De voorman van trad in contact met de eerste monteur van en die monteur instrueerde vervolgens de werknemers in zijn ploeg. Deze instructie vond plaats in het Turks, omdat een groot aantal werknemers alleen die taal beheerste. De taalbarrière maakte het onmogelijk voor om leiding en gezag uit te oefenen over de Turkse arbeidskrachten. Het feit dat er, vanwege de veiligheid, de complexiteit van de werkzaamheden, de afhankelijkheid van de voortgang van andere werkzaamheden en wijzigingen op het laatste moment, dagelijks contact was tussen de voorman van en de eerste monteur van , wil niet zeggen dat de werknemers van onder leiding en toezicht van werkten. gaf uitsluitend de opdracht om een bepaalde steiger op een bepaalde plaats te bouwen. Er waren geen eigen steigerbouwers van actief op de bouwlocatie. De eerste monteur van bepaalde hoe en met welke

materialen en door middel van welke transportmiddelen de steiger opgeleverd werd. De eerste monteur had de feitelijke leiding over zijn collega's.

De overeenkomst van met het consortium hield in dat verantwoordelijk was voor de bouw van alle steigers op de bouwlocatie en de veiligheid van die steigers. De voorman van controleerde achteraf de kwaliteit en deugdelijkheid van de steigers die door de Duitse onderaannemer werden gebouwd. mocht als enige labels als bewijs van goedkeuring afgeven voor de steigers. In verband met de specifieke veiligheidsregels voor steigerbouw had een veiligheidscoördinator aangesteld. Het toezicht op de veiligheid door deze coördinator moet worden onderscheiden van leiding en toezicht in relatie tot de uitvoering van de werkzaamheden door de Turkse arbeidskrachten. Er was geen sprake van werkgeversgezag tussen de voorman van en de werknemers van .

**Directie Wetgeving,
Bestuurlijke en Juridische
Aangelegenheden**

Datum
11 juni 2015

Onze referentie
WBJA/JA-WAV/
1.2012.0576.001/bob2

Vanwege de complexiteit van de werkzaamheden hebben partijen besloten om op uurbasis te factureren in plaats van tegen een vast tarief. De inhoud en aard van de werkzaamheden was dermate dynamisch dat het niet mogelijk was om vooraf een goede inschatting te maken van de omvang en kosten van de diverse projecten. Dit wordt bevestigd door de verklaringen van de directie. Bij een vergoeding per uur kan er meer aandacht worden besteed aan een hoog veiligheidsbeleid dan bij een vooraf afgesproken prijs, omdat er niet onder druk van die vaste prijs wordt gewerkt. De veiligheid stond bij dit project voorop. Het factureren op uurbasis zegt niets over de vraag of sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, dan wel aanneming van werk. Ook heeft aan haar klanten op uurbasis gefactureerd. Dit wil niet zeggen dat personeel ter beschikking heeft gesteld. Met het consortium werd een prijs per uur afgesproken in plaats van een prijs per m³, omdat het consortium niet in staat was om vooraf een correcte inschatting te geven van de benodigde steigers. Door ongeveer 40 opdrachtgevers werd aan opdracht gegeven om een steiger kant-en-klaar op te leveren. besteedde het bouwen van de steigers uit aan . In de uurprijs is tevens de prijs voor de huur van de steiger door de opdrachtgevers voor een periode van 13 weken begrepen. Aan de hand van de gewerkte uren kon de juiste huurprijs worden vastgesteld. De huurwaarde voor elke week langer dan 13 weken dat de steiger in gebruik was, betrof 7 procent van het bedrag dat werd berekend door de gewerkte uren voor montage en demontage te vermenigvuldigen met het voor de betreffende steiger geldende eenheidstarief. In het contract van met het consortium zijn expliciet afspraken gemaakt over de uren die kon factureren voor haar veiligheids- en coördinatietaken.

De verklaring van de directie van dat slechts eenmaal sprake was van aanneming van werk door is onjuist. Er zijn in het verleden meerdere aannemingsovereenkomsten gesloten waarbij sprake was van aanneming van werk.

Het is onjuist dat de voorman van niet in staat was om opdrachten van de leden van het consortium aan te nemen. Het was namelijk de voorman van die de opdrachten om een steiger kant-en-klaar op te leveren rechtstreeks, dan wel via , ontving. De steigerinspecteur van keurde dan vervolgens de steiger.

heeft alle werknemersgegevens, zowel aan de poort als in het kantoor op de bouwplaats, correct gecontroleerd. beschikt over kopieën van verblijfsvergunningen, werkvergunningen, diploma's en E101-verklaringen. Daarnaast beschikt over kopieën van de notificatie door bij UWV WERKbedrijf. is dus nagegaan of met de betreffende werknemers in Nederland steigers voor haar mocht bouwen. heeft dus niet alleen de gewerkte uren gecontroleerd. Ook heeft bij een controle op 18 november

2009 geconstateerd dat alle benodigde documenten van de op dat moment werkzame werknemers van aanwezig waren.

Subsidiar geldt dat de werknemers van in Nederland arbeid mochten verrichten op grond van de Overeenkomst, waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Economische Gemeenschap (hierna: EEG) en Turkije (hierna: de Associatieovereenkomst). Op grond van artikel 41 van het Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst van 23 november 1970 (hierna: het Aanvullend Protocol) is het niet mogelijk om na inwerkingtreding van de Associatieovereenkomst extra belemmerende maatregelen op te leggen voor Turken die naar Nederland komen om te werken. De eis van een tewerkstellingsvergunning voor Turkse werknemers die in Duitsland gerechtigd zijn om te werken, is een belemmering van het vrije verkeer van werknemers ten opzichte van de situatie vóór het sluiten van de Associatieovereenkomst en is daarom onrechtmatig.

Bovendien blijkt uit de documenten dat de werknemers van gerechtigd waren om in Duitsland arbeid te verrichten. Door de notificatiebepaling mochten zij ook in Nederland werken.

was in de veronderstelling dat sprake was van grensoverschrijdende dienstverlening waarvoor geen tewerkstellingsvergunning is vereist. heeft te goeder trouw gebruik gemaakt van de notificatieregeling.

De opgelegde boete is onevenredig hoog. wordt onevenredig hard getroffen worden door het opleggen van een boete aan de andere schakels in de keten. Zij zal ook aansprakelijk worden gehouden voor de boetes die de leden van het consortium opgelegd hebben gekregen. Verween wordt naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 april 2008 (LJN: BC8679), waarbij de rechtbank de boete op nihil heeft vastgesteld.

C. Wettelijk kader en beleid

Artikel 2, eerste lid, Wav bepaalt dat het een werkgever verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Conform het tweede lid van dit artikel is dit verbod niet van toepassing met betrekking tot de vreemdeling ten aanzien van wie tevens een ander als werkgever optreedt, indien die ander beschikt over een voor de desbetreffende arbeid geldige tewerkstellingsvergunning.

Artikel 1, aanhef en sub b onder 1°, Wav bepaalt dat een werkgever is degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.

Ingevolge artikel 1, aanhef en sub c, Wav wordt onder een vreemdeling verstaan hetgeen daaronder wordt verstaan in de Vw 2000. In artikel 1 Vw 2000 is bepaald dat onder vreemdeling wordt verstaan ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld.

In artikel 18, eerste lid, Wav wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, Wav als overtreding aangemerkt.

Per 1 april 2014 is de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2014 (Stcrt. 2014, nr. 8252) in werking getreden, onder intrekking van de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2013 (Stcrt. 2012, nr. 25205; hierna: de Beleidsregel 2013). Nu de overtredingen zijn begaan in 2012, zijn de per 1 mei 2012 in werking getreden Beleidsregels boeteoplegging Wav 2012 (Stcrt. 2011, nr. 19841; hierna: de Beleidsregels) van toepassing, zodat de hoogte van de boete is berekend conform de Beleidsregels 2012.

**Directie Wetgeving,
Bestuurlijke en Juridische
Aangelegenheden**

Datum
11 juni 2015

Onze referentie
WBJA/JA-WAV/
1.2012.0576.001/bob2

Op grond van artikel 1 Beleidsregels en de daarbij behorende Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav bedraagt de bestuurlijke boete voor een rechtspersoon € 8.000,- per overtreding van artikel 2, eerste lid, Wav.

D. Overwegingen

Grensoverschrijdende dienstverlening

Niet betwist wordt dat de 32 vreemdelingen genoemde werkzaamheden via en/of hebben verricht voor . Genoemde werkzaamheden werden uitgevoerd in opdracht en ten behoeve van , zodat zij in de uitoefening van haar bedrijf anderen arbeid liet verrichten. Ook staat vast dat het hier om vreemdelingen in de zin van de Vw 2000 gaat en dat voor hen geen tewerkstellingsvergunningen waren verstrekt aan of 's opdrachtgevers:

Gesteld wordt dat sprake was van werkzaamheden die vallen onder de vrijheid van dienstverlening, zodat geen tewerkstellingsvergunningen nodig waren.

In dit verband is de uitspraak van het arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014 (zaak -91/13) van belang. In deze uitspraak heeft het Hof onder meer overwogen dat de artikelen 56 en 57 VWEU zo moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan een tewerkstellingsvergunning is vereist voor de terbeschikkingstelling van werknemers die onderdaan zijn van een derde land door een in een andere lidstaat gevestigde onderneming aan een in die eerste lidstaat gevestigde inlenende onderneming, die deze werknemers inzet om werkzaamheden te verrichten voor rekening van een andere onderneming, die ook in die lidstaat is gevestigd.

In beginsel is in casu sprake van een dergelijke situatie, aangezien via andere werkgevers onderdanen van een derde land heeft ingezet, die in dienst waren bij een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, namelijk .

Naar mijn oordeel kunnen op grond van het arrest bepaalde, nadere voorwaarden worden gesteld voor de vrijstelling van de eis van een tewerkstellingsvergunning. Zo moeten de werkzaamheden tijdelijk zijn en moet de dienstverlener zijn hoofdactiviteit uitoefenen in de lidstaat waar hij is gevestigd. Daarnaast moeten de werknemers legaal in de uitzendstaat wonen en werken. Hoewel op basis van het boeterapport niet met zekerheid is vast te stellen of aan al deze voorwaarden volledig is voldaan, acht ik gelet op het tijdsverloop nader onderzoek niet opportuun.

Ik ben derhalve van oordeel dat de boete reeds hierom niet in stand kan blijven. De overige punten van bezwaar behoeven derhalve geen verdere bespreking. Gelet op het voorgaande verklaar ik het bezwaar van 9 maart 2012 gegrond.

Kostenvergoeding

heeft verzocht om vergoeding van kosten die in de bezwaarprocedure gemaakt zijn. Gelet op artikel 7:15 Awb, het Besluit proceskosten bestuursrecht en de daarbij behorende bijlage, ken ik een vergoeding toe van € 980,-, te weten één punt voor het bezwaarschrift en één punt voor de hoorzitting en een waarde per punt van € 490,-.

Daarnaast ben ik bereid over te gaan tot vergoeding van het aan de rechtbank reeds betaalde griffierecht van € 310,-, alsmede van de proceskosten in de beroepsprocedure van € 490,-, te weten één punt voor het indienen van het beroepschrift.

**Directie Wetgeving,
Bestuurlijke en Juridische
Aangelegenheden**

Datum
11 juni 2015

Onze referentie
WBJA/JA-WAV/
1.2012.0576.001/bob2

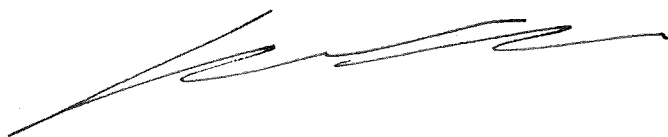
E. Beslissing

Gezien de bezwaren, de bestreden beschikking, de stukken, de hoorzitting en de vigerende regelgeving ben ik tot de volgende beslissing gekomen.

Het bezwaarschrift geeft aanleiding de opgelegde boete in te trekken. Ik herroep dan ook het bestreden besluit. Gelet op het voorgaande verklaar ik het bezwaar gegrond en herroep ik de beschikking van 28 februari 2012, kenmerk 071106436/03.

Ik ken een vergoeding toe van de gemaakte kosten in de bezwaarprocedure toe van € 980,-. Daarnaast ken ik een vergoeding toe voor de gemaakte kosten in verband met het door u ingediende beroep van € 800,-. Wat betreft de terugbetaling van het eventueel reeds ten onrechte geïnde bedrag van € 256.000,- vermeerderd met de wettelijke rente, ontvangt een afzonderlijke beschikking. Ik verzoek u mij schriftelijk te berichten op welke rekening(en) genoemde bedragen kunnen worden gestort. U kunt uw brief richten aan het team Inning & Zaakbeheer van de afdeling Boete, Dwangsom en Inning (BDI) van dit ministerie, postbus 90801, 2509 LV Den Haag.

Hoogachtend,
de Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,
namens deze,



mr. drs. K. Werkhorst
Hoofd Arbeidsmarkt, Bestuurlijk en Wetgeving Algemeen

Overeenkomstig de Algemene wet bestuursrecht kan tegen deze beschikking beroep worden ingesteld door degene wiens belang rechtstreeks bij deze beschikking betrokken is. Daartoe moet binnen zes weken na de datum van verzending van deze beschikking een beroepschrift met een kopie van deze beschikking worden ingediend bij de sector bestuursrecht van de rechtbank van de woonplaats van degene die het beroep instelt. Opgemerkt wordt dat ligt binnen het rechtsgebied van de rechtbank Rotterdam, Postbus 50950, 3007 BL te

Een belanghebbende kan ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via de website <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor is wel een elektronische handtekening (DigiD) nodig. Op de genoemde website vindt u de precieze voorwaarden.

Het beroepschrift dient te worden ondertekend en ten minste te bevatten de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van deze beschikking alsmede de reden(en) waarom de beschikking niet juist wordt gevonden. Voor de behandeling van het beroepschrift is griffierecht verschuldigd.

**Directie Wetgeving,
Bestuurlijke en Juridische
Aangelegenheden**

Datum
11 juni 2015

Onze referentie
WBJA/JA-WAV/
1.2012.0576.001/bob2