

1. Deze uitspraak gaat over een boete wegens illegale tewerkstelling. De boete is opgelegd voor werkzaamheden die zijn verricht door vreemdelingen met de Filipijnse en Indonesische nationaliteit aan boord van een passagiersschip. De vreemdelingen zijn in dienst bij een onderneming uit Cyprus. Deze onderneming verzorgt de exploitatie van het hotel en het restaurant aan boord van het passagiersschip. Volgens de ondernemer vielen de werkzaamheden onder de vrijheid van dienstverrichting, zoals bedoeld in artikel 56 VWEU. Daarom zou er op grond van artikel 1e van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (BuWav) geen tewerkstellingsvergunning vereist zijn voor de werkzaamheden die de vreemdelingen hebben uitgevoerd.

2. De staatssecretaris is echter van mening dat er aan één voorwaarde voor grensoverschrijdende dienstverrichting niet is voldaan: de vreemdelingen zijn weliswaar werknemers van de Cypriotische onderneming, maar zijn niet in Cyprus gerechtigd om te verblijven en te werken. Deze voorwaarde is neergelegd in artikel 1e, onder a BuWav. De beboete onderneming wijst er echter op dat de vreemdelingen wel zijn toegelaten voor verblijf en arbeid in Duitsland (ook een EU lidstaat) waar ze normaliter werkzaam zijn. De onderneming betoogt dat uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat de eis van toelating voor verblijf en arbeid in Cyprus een ongerechtvaardigde beperking vormt van de vrijheid van dienstverrichting. Ook als de werknemers normaliter in een andere EU lidstaat dan Cyprus wonen en werken, zou de Cypriotische onderneming die werknemers moeten mogen inzetten in Nederland.

3. Ter beantwoording van de vraag of deze eis gerechtvaardigd is, start de Afdeling met een lezenswaardige rechtsoverweging over dienstverrichting in het algemeen (rechtsoverweging 3.2). In deze rechtsoverweging geeft de Afdeling een overzicht van een zestal uitspraken van het Hof over dienstverrichting, en somt daarbij op welke beperkingen van dienstverrichting het Hof eerder allemaal ongerechtvaardigd heeft geacht. Dit overzicht illustreert de praktijk waarbij lidstaten steeds op andere wijzen proberen grip te krijgen op de toelating van derdelanders die in een andere lidstaat zijn toegelaten, en via dienstverrichting in de betreffende lidstaat arbeid verrichten. Het Hof benadrukt echter keer op keer dat het lidstaten alléén is toegestaan om controlemaatregelen te nemen om eventueel misbruik van de vrijheid van dienstverrichting te voorkomen. Maatregelen die de arbeid afhankelijk maken van een vergunning, eisen stellen aan de duur van de dienstbetrekking in het land van herkomst, zeer zwaar bestraffen (HvJEU, 12 september 2019, C-64/18 e.a. (*Maksimovic*), JV 2019/176 m. nt. de Lange, ve19002870) en andere maatregelen zijn door het Hof disproportioneel bevonden.

4. De staatssecretaris heeft zich, ter onderbouwing van zijn standpunt, beroepen op het *Essent* arrest (HvJEU 11 september 2014, C-91/13 JV 2014/346 m. nt. Groenendijk en de Lange, ve14001445). In dit arrest overwoog het Hof dat de werknemers voor verblijf en arbeid waren toegelaten in het land waar de dienstverrichter was gevestigd. De staatssecretaris maakt daaruit op dat dienstverrichting alleen in dat geval is toegestaan zonder tewerkstellingsvergunning. De Afdeling overweegt echter dat dit slechts een feitelijke vaststelling was van het Hof. Hoewel bij het *Essent* arrest de werknemers inderdaad in het land van vestiging van de dienstverrichter waren toegelaten voor verblijf en arbeid, volgt daaruit volgens de Afdeling niet dat dit altijd het geval moet zijn. Nu de werknemers voor verblijf en arbeid waren toegelaten in de lidstaat waar ze normaliter hun hoofdactiviteit uitvoeren (en dat een EU lidstaat is), is er volgens de Afdeling geen regel die in de weg staat aan dienstverrichting. Bovendien, benadrukt de Afdeling, heeft de staatssecretaris niet inzichtelijk kunnen maken wat – uit het oogpunt van het voorkomen van misbruik van de vrijheid van dienstverrichting – het relevante verschil is tussen toelating in Cyprus en toelating in Duitsland. Derhalve waren voor de werkzaamheden geen tewerkstellingsvergunningen vereist en kan de opgelegde boete niet in stand blijven.

5. Na beantwoording van de hoofdvraag komt er nog een nabrander: de redelijke termijn. Nu de boete van tafel is heeft de onderneming, indien de redelijke termijn van artikel 6 EVRM zou zijn geschonden, recht op een schadevergoeding. In deze zaak is het daarbij doorslaggevend wanneer de redelijke termijn precies zou zijn aangevangen. Volgens vaste jurisprudentie start de redelijke termijn wanneer

een bestuursorgaan jegens de beboete partij een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting mag ontleen dat het bestuursorgaan hem een boete gaat opleggen. De onderneming betoogt dat deze termijn is gestart bij het verhoor van de wettelijke vertegenwoordiger van de onderneming (waarbij een cautie is gegeven). De rechtbank hanteerde de datum van toezending van het boeterapport. De Afdeling oordeelt echter dat deze termijn pas start bij het toezenden van de boetekennisgeving (het voornemen van de staatssecretaris om een boete op te leggen).

6. Op zichzelf is het echter niet vreemd dat de onderneming betoogt dat dit moment start bij het geven van de cautie. Uit artikel 5.10a Awb en de uitleg van dat artikel in de grote kamer uitspraak van de Afdeling (26 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115) volgt immers dat de cautie wordt gegeven aan iemand die wordt verhoord met het *oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie*. Kortom, de Inspecteurs zijn op dat moment bezig met handelingen in het kader van het opleggen van een bestraffende sanctie, maar toch zou de overtreder daar nog niet redelijkerwijs de verwachting aan mogen ontleen dat het bestuursorgaan een boete gaat opleggen. Dat lijkt niet met elkaar in lijn. Wellicht is dat te verklaren door het feit dat uit het verhoor dat na de cautie plaatsheeft, informatie naar voren zou kunnen komen die maakt dat de Inspecteurs niet langer het oogmerk hebben om de betrokkene een boete op te leggen.

7. De rechtbank heeft geoordeeld dat het verzenden van het boeterapport zou moeten worden gezien als de handeling waaraan in redelijkheid de verwachting mag worden ontleent dat er een boete opgelegd gaat worden. Ook dat is een begrijpelijk standpunt. Op dat moment is het onderzoek van de Inspectie afgerond. De Inspectie deelt in dat boeterapport de bevindingen van het onderzoek en concludeert: er heeft door betrokkene een overtreding plaatsgevonden van de Wet arbeid vreemdelingen. De Afdeling volgt dit niet, maar een motivering daarvan blijft eigenlijk achterwege. Dit is echter wel een vraag die meer expliciete motivering behoeft. Immers, er is door de Inspectie in het boeterapport al geconcludeerd dat er sprake is van een overtreding. In de praktijk wordt vrijwel altijd een boete opgelegd wanneer een boeterapport is opgemaakt. De staatssecretaris hanteert immers geen opportuniteitsoverwegingen om wel of niet een boete op te leggen. De beginselplicht tot handhaving die van toepassing is in het bestuursrecht geeft daar ook geen ruimte voor. Het blijft mijns inziens daarom onduidelijk waarom een overtreder aan het toezenden van het boeterapport (waarin staat dat hij een overtreding heeft begaan, en in de wetenschap dat de staatssecretaris bij overtreding altijd een boete zal opleggen) niet redelijkerwijs de verwachting zou mogen ontleen dat er een boete opgelegd gaat worden. Wordt vast vervolgd.

Pieter Krop, advocaat bij Kroes Advocaten te Amsterdam