

Nr. 46: de bouwonderneming treft geen blaam

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 12 december 2012, 2012203342/1/V6 (Lubberdink, Hent, Verheij)

Uit het voorgaande volgt dat de vennootschap vooraan aan de werkzaamheden met [bedrijf A] contractueel is overeengekomen dat zij bij de tewerkstelling van personeel aan de voorschriften van de Wav diende te voldoen. Voorts heeft de vennootschap aannemelijk gemaakt dat daarnaast, als vereist voor het VCA-certificaat, ook steekproefsgewijs controles op de werkplek werden uitgevoerd. Het betoog van de minister ter zitting bij de Afdeling dat het VCA-certificaat slechts betrekking heeft op arbeidsomstandigheden wordt niet gevolgd, nu uit de door de vennootschap overgelegde stukken blijkt dat ook werd gecontroleerd op identiteit en tewerkstellingsvergunningen. Onder deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat de vennootschap al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtredingen te voorkomen. Het betoog slaagt. Uit hetgeen hiervoor onder 5.2 is overwogen, volgt dat de minister wegens het volledig ontbreken van verwijtbaarheid had dienen af te zien van boeteoplegging.

Artt. 5:41 en 5:46 Awb

[appellante] (hierna: de vennootschap), gevestigd te [plaats], tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 17 februari 2012 in zaak nr. 11/3520 in het geding tussen: de vennootschap en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 27 april 2011 heeft de minister de vennootschap een boete opgelegd van € 24.000,00 wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 7 september 2011 heeft de minister het door de vennootschap daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 17 februari 2012 heeft de rechtbank het door de vennootschap daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Tegen deze uitspraak heeft de vennootschap hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De vennootschap heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 19 september 2012, waar de vennootschap, vertegenwoordigd door haar [directeuren], bijgestaan door mr. J.A.M. Roks, advocaat te Oosterhout, en de minister, vertegenwoordigd door mr. M. Znabet, 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^o, 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 3, eerste lid, aanhef en onder a, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie ingevolge bepalingen vastgesteld bij overeenkomst met andere mogelijkheden dan wel bij een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd.

Ingevolge artikel 18 wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, als beboetbaar feit aangemerkt.

Ingevolge artikel 18b, eerste lid, van de Wav, maakt de toezichthouder, indien hij vaststelt dat een beboetbaar feit is begaan, daarvan zo spoedig mogelijk een rapport op.

Ingevolge artikel 19a, eerste lid, legt de minister daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar namens hem de boete op aan degene op wie de verplichtingen rusten, welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit. Ingevolge artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder a, 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 artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2008 (hierna: de beleidsregels) worden bij de berekening van een boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Wav voor alle overtredingen als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieffijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav' (hierna: de Tarieffijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

In de Tarieffijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, op € 8.000,00 per persoon per overtreding gesteld.

Ingevolge 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 Bijlage VI Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: overgangsmaatregelen Bulgarije (hierna: Bijlage VI), onderdeel 1, punt 1, is 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 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstel-

ling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PB 1997 L18) tussen, voor zover thans van belang, Bulgarije en Nederland, artikel 45 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 Bulgarije, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Bulgaarse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen. De huidige lidstaten mogen dergelijke maatregelen blijven toepassen tot het einde van het vijfde jaar na de datum van toetreding van Bulgarije.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage VI het recht op het vrij verkeer van werknemers zoals neergelegd in artikel 45 van het VWEU tijdelijk te beperken en door voortzetting van de overgangperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 januari 2014 gehandhaafd (Kamerstukken II 2011/12, 29 407 nr. 132).

In het arrest van 15 december 2005, C-151/04 en C-152/04, Nadin en Durré, (www.curia.europa.eu) heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (thans: het Hof van Justitie van de Europese Unie, hierna: het Hof van Justitie) onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 20 november 2001, C-268/99, Jany e.a., (www.curia.europa.eu) in punt 31 overwogen:

“31. Aangezien het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 39 EG-Verdrag is, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt, moet als een werkzaamheid anders dan in loondienst in de zin van artikel 43 EG-Verdrag worden aangemerkt, de activiteit die een persoon zonder gezagsverhouding uitoefent (zie arrest van 20 november 2001, Jany e.a., C-268/99, Jurispr. blz. I-8615, punt 34 en de aangehaalde rechtspraak).”

2. Een door inspecteurs van de Arbeidsinspectie op ambtseid opgemaakt boeterapport van 14 maart 2011 houdt in dat uit een bij [bedrijf A] op 1 september 2010 uitgevoerd administratief onderzoek is gebleken dat [bedrijf A] in de periode van 6 april 2009 tot en met 15 mei 2009 in opdracht van de vennootschap drie vreemdelingen van Bulgaarse nationaliteit arbeid heeft laten verrichten, bestaande uit het opgraven van kabels te Landsmeer, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend. De werkzaamheden maakten deel uit van het project Mobilele opstelpunten VWT Infra Noord West (hierna: het project) van KPN B.V., die voor de uitvoering daarvan [bedrijf B] had ingeschakeld. [bedrijf B] had op haar beurt de vennootschap opdracht gegeven in het kader van het project werkzaamheden te verrichten.

3. De vennootschap betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat vaststaat dat de vreemdelingen de in het boeterapport vermelde werkzaamheden hebben verricht. Hiertoe voert zij aan dat de werkzaamheden door de inspecteurs niet feitelijk zijn waargenomen en dat de vreemdelingen niet zijn gehoord. Aan de bij het boeterapport gevoegde verklaring van [directeur] van [bedrijf A], kan geen waarde kan worden gehecht, aangezien, nu [directeur] de Nederlandse taal onvoldoende machtig is, onduidelijk is of hij de vragen van de inspecteurs goed heeft begrepen. Voorts heeft [bedrijf A] in haar zienswijze en bezwaar in de procedure betreffende de haar opgelegde boete, afstand genomen van de eerdere verklaringen van haar directeur, aldus de vennootschap.

3.1. In beginsel dient van de juistheid van een op ambtseid of ambtsbelofte opgemaakt en ondertekend boeterapport en proces-verbaal te worden uitgegaan. Dit is slechts anders indien sprake is van bijzondere omstandigheden die nopen tot afwijking van dit uitgangspunt. Hetgeen de vennootschap heeft aangevoerd, maakt niet dat de minister niet van de verklaring van [directeur] mocht uitgaan. De enkele stelling dat [directeur] en zijn bedrijfsadviseur die bij het gehoor aanwezig was, de Nederlandse taal onvoldoende machtig waren, is hiertoe onvoldoende. Verder doen de latere standpunten van [bedrijf A], ingenomen in het kader van de procedure betreffende de haar opgelegde boete, geen afbreuk aan de eerdere verklaringen van haar directeur, reeds omdat deze ten overstaan van de inspecteurs zijn afgelegd.

Niet in geschil is dat de vennootschap [bedrijf A] heeft ingeschakeld voor werkzaamheden in het kader van het project. In de bij het boeterapport gevoegde uitenverantwoordingen van [bedrijf A] aan de vennootschap, aangetroffen in beide administraties, is verder vermeld dat de vreemdelingen in week 18 van het jaar 2009 hebben gewerkt. Voorts bevestigt [directeur] in zijn verklaring dat de vreemdelingen de door de vennootschap uitbestede werkzaamheden hebben verricht. Gezien het voorgaande heeft de rechtbank terecht overwogen dat voldoende vaststaat dat de vreemdelingen de werkzaamheden hebben verricht en dat aan de omstandigheden dat deze niet door de inspecteurs zijn waargenomen, alsmede dat de vreemdelingen niet zijn gehoord, geen doorslaggevende betekenis toekomt.

Het betoog faalt.

4. De vennootschap betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdelingen de werkzaamheden niet als zelfstandigen hebben verricht. Hiertoe voert zij aan dat aan de verklaring van [directeur] geen enkele waarde kan worden gehecht en dat deze verklaring allerminst de conclusie rechtvaardigt dat een gezagsverhouding tussen de vreemdelingen en [bedrijf A] bestond. Verder wijst zij erop dat twee van de vreemdelingen in een schriftelijke verklaring van 21 juni 2011 zelf hebben verklaard dat zij de werkzaamheden als zelfstandige hebben verricht. Voorts voert de vennootschap, onder verwijzing naar de uitspraak van rechtbank Almelo van 11 april

2007 in zaak nr. 07/183 (LJN: BA 4219), aan dat de minister door de overtreding uitsluitend vast te stellen met een administratief onderzoek, onvoldoende de omstandigheden op de werkplek in Landsmeer heeft kunnen beoordelen.

4.1. Gelet op de onder 1 vermelde jurisprudentie van het Hof van Justitie is voor de beantwoording van de vraag of de werkzaamheden door de vreemdelingen als zelfstandigen zijn verricht, bepalend of de activiteiten zijn uitgeoefend zonder gezagsverhouding, waarbij de vraag of de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid worden verricht een rol speelt en voorts de feitelijke situatie van belang is.

4.2. In de bij het boeterapport gevoegde verklaring heeft [directeur] verklaard dat de vreemdelingen de werkzaamheden hebben verricht onder zijn verantwoording en risico, dat zij per uur werden betaald, dat hoofdzakelijk gebruik is gemaakt van zijn gereedschap, dat het werk is uitgevoerd onder leiding van zijn voorman en dat hijzelf bij uitval of ziekte van de vreemdelingen voor vervanging moest zorgen.

Gezien deze verklaring van [directeur] heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat de vreemdelingen de werkzaamheden niet als zelfstandigen hebben verricht. Zoals hiervoor onder 3.1 reeds is overwogen, maken de bezwaren van de vennootschap tegen de verklaring van [directeur] niet dat de minister niet van deze verklaring mocht uitgaan. De schriftelijke verklaring van twee van de vreemdelingen van 21 juni 2011 leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat in deze verklaring wordt volstaan met de stelling dat zij de werkzaamheden als zelfstandigen hebben verricht, terwijl, anders dan in de verklaring van [directeur], vrijwel niet wordt ingegaan op de feitelijke situatie. Voorts kan de verwijzing van de vennootschap naar de uitspraak van rechtbank Almelo van 11 april 2007 niet baten, nu dit een andere situatie betrof. In die zaak had wel een controle op een werklocatie plaatsgevonden en was aan de orde of de minister ervan mocht uitgaan dat de situatie daar gelijk was aan andere werklocaties waar, blijkens administratief onderzoek, andere vreemdelingen voor de beboete persoon hadden gewerkt.

Het betoog faalt.

5. De vennootschap betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de overtredingen haar kunnen worden verweten. Hiertoe voert zij aan dat zij contractueel met [bedrijf A] was overeengekomen dat aan de voorschriften van de Wav moest worden voldaan en dat, als vereist voor het VCA-keurmerk dat zij bezit, controles zijn verricht, onder meer op naleving van de voorschriften van de Wav. Gezien de grootte van het project kon die controle slechts steekproefsgewijs plaatsvinden, aldus de vennootschap.

5.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 12 maart 2008 in zaak nr. 200704906/1) wordt in situaties waarin sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid van boeteoplegging afgezien. Hiertoe dient de werkgever aannemelijk te maken dat hij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding te voorkomen.

5.2. In een bij het boeterapport gevoegde 'Verklaring Wet arbeid vreemdelingen', gedateerd 2 maart 2009, is de vennootschap met [bedrijf A] overeengekomen dat bij de tewerkstelling van personeel aan de voorschriften van de Wav diende te worden voldaan. Voorts heeft de vennootschap in hoger beroep een VCA-certificaat overgelegd, waarvan zij sinds 2001 in het bezit is. Verder heeft zij overgelegd een op 1 september 2003 gesloten overeenkomst met een [advies- en inspectiebureau], waarin is overeengekomen dat [advies- en inspectiebureau] steekproefsgewijs inspecties uitvoert op de werklocaties van de vennootschap, alsmede een daarbij gehanteerde VCA-controlelijst, waarin onder meer als te controleren zijn vermeld 'werkvergunningen' en 'identiteitsbewijzen'.

Uit het voorgaande volgt dat de vennootschap voorafgaand aan de werkzaamheden met [bedrijf A] contractueel is overeengekomen dat zij bij de tewerkstelling van personeel aan de voorschriften van de Wav diende te voldoen. Voorts heeft de vennootschap aannemelijk gemaakt dat daarnaast, als vereist voor het VCA-certificaat, ook steekproefsgewijs controles op de werkplek werden uitgevoerd. Het betoog van de minister ter zitting bij de Afdeling dat het VCA-certificaat slechts betrekking heeft op arbeidsomstandigheden wordt niet gevolgd, nu uit de door de vennootschap overgelegde stukken blijkt dat ook werd gecontroleerd op identiteit en tewerkstellingsvergunningen. Onder deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat de vennootschap al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtredingen te voorkomen.

Het betoog slaagt.

6. Uit hetgeen hiervoor onder 5.2 is overwogen, volgt dat de minister wegens het volledig ontbreken van verwijtbaarheid had dienen af te zien van boeteoplegging. Hetgeen overigens in hoger beroep over de bevoegdheid tot boeteoplegging is aangevoerd, behoeft derhalve geen bespreking meer. Ditzelfde geldt voor hetgeen in hoger beroep is aangevoerd over het oordeel van de rechtbank dat voor matiging geen aanleiding bestaat.

7. De vennootschap betoogt dat 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), is overschreden.

7.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2008 in zaak nr. 200803437/1), is de redelijke termijn, 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 Afdeling (onder meer de uitspraak van de Afdeling van 9 september 2009 in zaak nr. 200809215/1/V6), voor de beslechting van het geschil in eerste aanleg als uitgangspunt te gelden dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt, indien de rechtbank niet binnen twee jaar nadat die termijn is aangevangen uitspraak doet en dat deze termijn aanvangt op het moment dat vanwege het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete persoon een handeling

is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat aan hem een boete zal worden opgelegd. In de gevallen waarin de redelijke termijn met niet meer dan zes maanden is overschreden, wordt de boete verminderd met 5%.

Voor de beslechting van het geschil over een punitieve sanctie in hoger beroep heeft, zoals de Afdeling eveneens eerder heeft overwogen (uitspraak van 21 oktober 2009 in zaak nr. 200806899/1/V6; www.raadvanstate.nl), 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.

7.2. Aan de boetekennisgeving van 22 maart 2011 heeft de vennootschap in redelijkheid de verwachting kunnen ontlenen dat haar een boete zou worden opgelegd. De beslechting van het geschil in eerste aanleg is geëindigd met de uitspraak van de rechtbank van 17 februari 2012. De beslechting van het geschil in hoger beroep is geëindigd met de uitspraak van heden. De duur van de procedure heeft de redelijke termijn derhalve niet overschreden.

Het betoog faalt.

8. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. De boete is ten onrechte opgelegd, zodat op na te melden wijze in de zaak zal worden voorzien.

9. De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van 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 's-Hertogenbosch van 17 februari 2012 in zaak nr. 11/3520;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van 7 september 2011, kenmerk WBJA/JA-WAV/1.2011.0657.001;

V. herroept het besluit van 27 april 2011, kenmerk 071101575/03;

VI. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;

VII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [appellante] in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.785,12 (zegge: zeventienhonderdvijfentachtig euro en twaalf cent), waarvan € 1.748,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VIII. elast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 768,00 (zegge: zeventienhonderdachtenzestig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Noot

1. In deze uitspraak heeft de Afdeling duidelijk gemaakt aan welke vereisten moet zijn voldaan wil er sprake zijn van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid in het kader van uitbesteding van werk bij aanneming. Die vereisten lijken mee te vallen. En dat is tot vóór deze uitspraak wel anders geweest. Deze uitspraak is goed nieuws voor opdrachtgevers en (hoofd)aannemers in de bouw. De bouwonderneming heeft in deze zaak relatief weinig maatregelen genomen om illegale tewerkstelling te voorkomen in vergelijking met andere zaken die handelen over (onder)aanneming in de bouw en overtreding van de Wav waarover de Afdeling eerder uitspraak heeft gedaan. In die andere zaken hadden de beboete ondernemingen m.i. net zoveel, of zelfs meer inspanningen verricht om overtreding van de Wav te voorkomen. In bijna al deze zaken oordeelt de Afdeling tot verminderde verwijtbaarheid en gaat slechts over tot matiging van de opgelegde boete.

Deze opmerkelijke wijziging zal worden aangetoond aan de hand van alle gepubliceerde uitspraken die de Raad van State over (onder)aanneming in de bouw heeft gedaan. Eerst het kader.

2. Artikel 5:41 Awb bepaalt dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten (afwezigheid van alle schuld). Is er wel sprake van verwijtbaarheid, dan schrijft artikel 5:46 lid 2 Awb voor dat de hoogte van de boete moet worden afgestemd op ernst van de overtreding en de mate waarin zij aan de overtreder kan worden verweten. De wetgever heeft daarbij uitdrukkelijk gewild dat de rechter volledig aan het evenredigheidsbeginsel toetst en zijn eigen oordeel over de hoogte van de boete in de plaats mag stellen van het oordeel van het bestuursorgaan (TK 2003-2004, 29702, nr. 3, blz. 141).

3. Wat is er gebeurd in deze uitspraak? KPN BV heeft als opdrachtgever in het kader van het project 'Mobile opstelpunten VWT Infra Noord' werkzaamheden uitbesteed aan bedrijf B. Bedrijf B heeft op haar beurt werkzaamheden weer uitbesteed aan de beboete vennootschap (hierna: bedrijf D). Bedrijf D heeft weer een gedeelte van de werkzaamheden uitbesteed aan bedrijf A. Uit een administratief onderzoek van de Arbeidsinspectie bij bedrijf A was gebleken dat in de periode van 6 april 2009 tot 15 mei 2009 bedrijf A drie Bulgaren werkzaamheden heeft laten verrichten bestaande uit het opgraven van kabels bij Landsmeer zonder dat hiervoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend. De uitspraak van de Raad van State handelt over de boete van EUR 24.000 die hiervoor aan bedrijf D is opgelegd.

4. Het gaat in deze uitspraak om de inspanningen die bedrijf D heeft verricht om overtreding van de Wav te voorkomen. Bedrijf D stelt dat de overtreding haar niet valt te verwijten. Daartoe voert zij het volgende aan. Zo is zij contractueel met bedrijf A overeengekomen dat bij de tewerkstelling van personeel aan de voorschriften van de Wav moest worden voldaan. Ook heeft de onderneming sinds 2001 een VCA-certificaat. Vereist voor dit certificaat zou zijn dat er controles zijn verricht op naleving van de voorschriften uit de Wav.

Ook heeft de onderneming sinds 2003 een overeenkomst met een advies- en inspectiebureau, dat steekproefsgewijs inspecties uitvoert op de werklocaties van bedrijf D. Tijdens deze inspecties controleert dit advies- en inspectiebureau – zo volgt uit de uitspraak – ook op ‘werkvergunningen’ en ‘identiteitsdocumenten’. Bewijs hiervan heeft bedrijf D pas in hoger beroep is overgelegd. Bedrijf D heeft tot slot nog gesteld dat gelet op de grootte van het project de controle slechts steekproefsgewijs kon plaatsvinden.

De Afdeling gaat hier volledig in mee en oordeelt dat ‘de minister wegens het volledig ontbreken van verwijtbaarheid had dienen af te zien van boeteoplegging’ (r.o. 6).

In veel andere uitspraken, zoals we hieronder zullen zien, hebben bouwondernemingen ook bepalingen op naleving van de Wav afgesloten en steekproefsgewijs inspecties uitgevoerd, of laten uitvoeren. Dit was voor de Afdeling in die uitspraken echter niet voldoende voor het aannemen van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid. Niet eerder is in een procedure aangevoerd het bezit van een VCA-certificaat. Dit zou dan het verschil hebben gemaakt.

5. Wat houdt een VCA-certificaat in? VCA staat voor Veiligheid, Gezondheid en Milieu Checklist Aannemers. Volgens de website van VCA is het bedoeld om bedrijven veiliger te laten werken en om het aantal ongevallen te verminderen: ‘Het VCA-certificaat is bedoeld voor bedrijven die werkzaamheden uitvoeren met verhoogd risico in een risicovolle omgeving. Vaak gaat het om constructie- of onderhoudswerkzaamheden die plaatsvinden op bouwterreinen, in fabrieken en werkplaatsen en bij installaties’ (<http://www.vca.nl/voor-aannemers/wat-is-vca.aspx>).

6. De website www.vca.nl heeft ook een zoekfunctie. De woorden ‘twv’, ‘tewerkstellingsvergunning’, ‘werkvergunning’, ‘verblifvergunning’, ‘wet arbeid vreemdelingen’, ‘wav’ en ‘identiteitsdocument’ levert geen enkel zoekresultaat. Hieruit kan worden afgeleid dat een VCA-certificaat in ieder geval niet, zoals ook overigens al volgt uit de website zelf, ziet op het voorkomen van illegale tewerkstelling en overtreding Wav. Toch acht de Afdeling het VCA-certificaat kennelijk van veel belang, getuige de uitspraak. De minister had ter zitting bij de Afdeling nog tegengeworpen dat het VCA-certificaat slechts betrekking heeft op arbeidsomstandigheden. Uit de informatie van de website lijkt te volgen dat de minister hierin gelijk heeft. De Afdeling acht echter aannemelijk gemaakt dat als vereist voor het VCA-certificaat ook steekproefsgewijs controles op de werkplek werden uitgevoerd, waarbij ook gecontroleerd werd op identiteit en tewerkstellingsvergunningen (r.o. 5.2). Uit de door bedrijf D in hoger beroep overgelegde VCA-controlelijst zou namelijk zijn gebleken dat er ook gecontroleerd werd op ‘werkvergunningen’ en ‘identiteitsbewijs’. Nogmaals, uit de website volgt dat in het geheel niet. Overigens zijn veel bouwbedrijven aangesloten bij de VCA, zodat aan dit vereiste wordt voldaan. Uiteraard moet er wel (steekproefsgewijs) worden gecontroleerd.

7. Dan de andere uitspraken.

Er is één andere uitspraak bekend in de bouwsector waarbij er sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid. Er zijn twee illegale Turken aangehouden die door een uitzendbureau zijn uitgeleend aan een onderaannemer zonder dat daarvoor toestemming is gegeven door de hoofdaannemer. De hoofdaannemer werd beboet. In haar uitspraak van 23 september uit 2009 (200806141/1/V6) komt de Afdeling tot het oordeel dat sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid. Daartoe is redengevend dat contractueel was vastgelegd in de overeenkomst en algemene vereisten dat het inlenen van personeel of bedrijven op de bouwlocatie enkel is toegestaan nadat de opdrachtgever hiervoor uitdrukkelijk toestemming had verleend, dat de onderaannemer controle en toezicht diende te houden gericht op naleving van de Wav, en de hoofdaannemer dagelijks op de bouwplaats controleerde (r.o. 2.3.3). Niet blijkt uit deze rechtsoverweging of de Afdeling het van belang acht voor de aannemer van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid dat de hoofdaannemer verregaande procedures had opgesteld om illegale tewerkstelling te voorkomen. Het lijkt me dat de Afdeling dit bij haar oordeel wel heeft laten meewegen. De hoofdaannemer heeft voor aanvang van de werkzaamheden de onderaannemers schriftelijk verplicht om kleurenkopieën van de ID-documenten af te geven, waarbij bij twijfel de kopieën werden doorgezonden naar de vreemdelingendienst. Pas nadat bevestiging werd ontvangen mocht deze vreemdeling werken. Ook werden facturen van onderaannemers niet betaald indien bleek dat personen hebben gewerkt zonder dat eerst toestemming was verleend door de hoofdaannemer, en werd onmiddellijk contact opgenomen met de onderaannemer. Ook was er een lijst met personen van buitenlandse afkomst die mochten werken. Personen die niet op deze lijst stonden werden meteen verwijderd. Tot slot werd dagelijks een fysieke controle verricht op de bouwplaats door de hoofdaannemer (r.o. 2.3.2). In de andere uitspraken heeft geen enkele beboete partij zoveel inspanningen verricht als deze hoofdaannemer. Ook meer inspanningen dan bedrijf D in de uitspraak van 12 december 2012.

8. In de andere gepubliceerde uitspraken over dit onderwerp komt de Afdeling tot een verminderde mate van verwijtbaarheid, hetgeen leidt tot een matiging van de opgelegde boete met 50%. Ook uit deze uitspraken zal blijken dat de beboete bouwondernemingen zich meer inspanningen hebben getroost om een overtreding van de Wav te voorkomen dan bedrijf D in de uitspraak van 12 december 2012. Het VCA-certificaat zou dan doorslaggevend zijn geweest.

9. In de uitspraak van 11 november 2009 (RV 2010, 46 ‘geulen graven’) stond vast dat de opdrachtgever verantwoordelijk was voor het gehele project. De hoofdaannemer op zijn beurt was verantwoordelijk voor de organisatie en uitvoering van de werkzaamheden. De opdrachtgever heeft via haar hoofdaannemer met de onderaannemers contractueel bedongen dat het inzetten van personen of bedrijven enkel was toegestaan nadat de ID-documenten waren gecontroleerd en er toestemming was verleend. Ook was contractueel

afgesproken dat er gewerkt werd ondermeer conform de Wav. De hoofdaannemer voerde steekproefsgewijs controles uit op de bouwlocatie. De Afdeling acht deze omstandigheden reden om de boete te matigen met 50%. Ook de boete van de hoofdaannemer wordt gelet op dit samenstel van omstandigheden gematigd met 50% (ABRS 11 november 2009, 200807896/1/V6, r.o. 2.4.3).

10. De opdrachtgever had nog aangevoerd dat niet van haar kan worden verwacht dat zij dagelijks op al haar bouwlocaties controle uitoefent. De Afdeling gaat in deze uitspraak nog aan dat argument voorbij, maar acht in de uitspraak van 12 december 2012 voldoende, dat er steekproefsgewijs controle wordt verricht

11. In de uitspraak van 17 juni 2009 (JV 2009/323, r.o. 2.6.3) neemt de Afdeling mee om tot matiging van de boete te komen met 50% dat de hoofdaannemer in een 'kaderovereenkomst' ondermeer heeft opgenomen dat de wettelijke bepalingen tegen illegaal werken in acht zullen worden genomen, en dat er op de startdatum een inspectie is uitgevoerd. Er is slechts sprake van verminderde verwijtbaarheid, omdat op de dag van de inspectie 3 vreemdelingen aangetroffen, zonder dat zij ID-documenten konden overleggen. Na telefonische bevestiging van de opdrachtnemer dat zij mochten werken heeft opdrachtgever de vreemdelingen niet weggestuurd. De volgende dag is opdrachtgever opnieuw naar de bouwlocatie gegaan om de documenten te controleren. Op dat moment was de Arbeidsinspectie al gearriveerd. In dit geval kan inderdaad worden tegengeworpen dat valt te verwijten dat de werkzaamheden zijn doorgegaan na de enkele telefonische bevestiging.

In haar uitspraak van 24 juni 2009 (200806661/1/V6) betreft het de bouw van een winkelpand. De hoofdaannemer heeft het maken van de bekisting en vlechten van het ijzer uitbesteed. Deze onderaannemer (beboete partij in deze uitspraak) heeft op haar beurt weer een gedeelte van het vlechten van het ijzerwerk in onderaanneming uitbesteed aan een in Duitsland gevestigde onderneming, Activ. Op de bouwplaats worden om 19.30 uur 4 vreemdelingen van Turkse nationaliteit werkend aangetroffen, zonder dat er twv's waren verleend. De uitvoerder van de onderaannemer controleerde dagelijks of de op de bouwplaats aanwezige personen mochten werken en er was een afsluitbaar toegangshek geplaatst. De uitvoerder heeft op de dag van de controle om 18.00 uur de bouwplaats verlaten. Op dat moment waren er nog enkele vlechters van Activ aanwezig. Na het verlaten van het terrein door de uitvoerder heeft de voorman van Activ de Turken toegang verschaft tot de bouwplaats. Er is sprake van verminderde verwijtbaarheid omdat dagelijks de documenten van de werknemers van Activ werden gecontroleerd en er tot nu toe altijd zonder problemen met dat bedrijf was gewerkt (r.o. 2.5.3). Tegengeworpen wordt door de Afdeling dat niet uitdrukkelijk door de onderaannemer is bedongen bij Activ dat er geen vreemdelingen zonder twv zouden worden ingeschakeld, dan wel dat er controle of toezicht is gericht op naleving van de Wav.

13. Uit deze uitspraken volgt dat alleen verminderde verwijtbaarheid werd aangenomen door de Afdeling indien er contractueel tussen partijen was overeengekomen dat er gewerkt werd overeenkomstig de Wav en/of er steekproefsgewijs of dagelijks onderzoek werd gedaan op de werklocatie, en dat de (ID-)documenten van de aanwezige personen op de bouwplaats werden gecontroleerd. Dit zou ingevolge de uitspraak van 12 december 2012 moeten leiden tot het volledig ontbreken van verwijtbaar handelen, indien er een VCA-certificaat was overgelegd, met de daarbij behorende controle-lijst. Rechtshulpverleners moeten hun cliënten dan ook adviseren om hun werkprocessen in ieder geval zo in te richten, indachtig de inspanningen van bedrijf D. Het lijkt er op dat Afdeling eerder genegen is om te oordelen tot volledig ontbreken van verwijtbaarheid als de uitspraak van 12 december 2012 vergeleken wordt met de hierboven besproken uitspraken. Wellicht krijgt de Afdeling ook meer oog voor de feitelijke werkzaamheden op de bouwplaats en de gang van zaken bij (onder)aanneming in de bouw.

14. De uitspraak is ook uitvoerig geannoteerd door T. de Lange in JV 2013/54.

Sander Groen