

ECLI:NL:RVS:2019:1235

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	17-04-2019
Datum publicatie	17-04-2019
Zaaknummer	201804415/1/A3
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBDHA:2018:5188, Meerdere afhandelingswijzen
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Bij besluit van 12 mei 2016 heeft de staatssecretaris aan [appellante sub 1]. een boete opgelegd van € 43.800,00 wegens negen overtredingen van artikel 7, eerste lid, en negen overtredingen van artikel 15, eerste lid, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: de Wmm). Voorts heeft de staatssecretaris bij besluit van 12 mei 2016 [appellante sub 1]. op straffe van het verbeuren van een dwangsom van € 3.375,00 per dag, met een maximum van € 40.000,00 per werknemer, gelast om over te gaan tot betaling van het achterstallige loon en vakantiebijslag van negen werknemers.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl
JAR 2019/146 met annotatie van Franssen, E.J.A.

Uitspraak

201804415/1/A3.

Datum uitspraak: 17 april 2019

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. appellante sub 1], gevestigd te Manila (de Filipijnen),
2. de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 26 april 2018 in zaak nr. 17/4266 in het geding tussen:

[appellante sub 1]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid; thans de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid; beiden hierna aangeduid als de staatssecretaris.

Procesverloop

Bij besluit van 12 mei 2016 heeft de staatssecretaris aan [appellante sub 1] een boete opgelegd van € 43.800,00 wegens negen overtredingen van artikel 7, eerste lid, en negen overtredingen van artikel 15, eerste lid, van de

Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: de Wmm). Voorts heeft de staatssecretaris bij besluit van 12 mei 2016 [appellante sub 1] op straffe van het verbeuren van een dwangsom van € 3.375,00 per dag, met een maximum van € 40.000,00 per werknemer, gelast om over te gaan tot betaling van het achterstallige loon en vakantiebijslag van negen werknemers.

Bij besluit van 16 mei 2017 heeft de staatssecretaris het door [appellante sub 1] tegen de te onderscheiden besluiten van 12 mei 2016 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 26 april 2018 heeft de rechtbank het door [appellante sub 1] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, de besluiten van 12 mei 2016 herroepen, de bestuurlijke boete vastgesteld op een bedrag van € 22.300,00, de hoogte van de dwangsom vastgesteld op € 1.675,00 en bepaald dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben [appellante sub 1] en de staatssecretaris hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Vereniging Nautilus International heeft als derde-belanghebbende aan het geding deelgenomen.

[appellante] en Vereniging Nautilus International hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 19 februari 2019, waar [appellante sub 1], vertegenwoordigd door [gemachtigde A], bijgestaan door mr. R.S. Wijling, advocaat te Rotterdam, vergezeld van [gemachtigde B], en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. K. Bozic en mr. W. van der Valk, zijn verschenen. Namens Vereniging Nautilus International is S. Meijer, bijgestaan door mr. K. Boele, advocaat te Rotterdam, verschenen.

Overwegingen

1. De tekst van de voor deze zaak relevante regelgeving is opgenomen in een bijlage bij deze uitspraak. De bijlage maakt deel uit van deze uitspraak.

Inleiding

2. [appellante sub 1] is een op de Filipijnen gevestigd bedrijf met een Nederlandse nevenvestiging dat zorg draagt voor personele dienstverlening op schepen, in het bijzonder bemanningen met de Filipijnse nationaliteit. Naar aanleiding van een klacht met betrekking tot de tewerkstelling van Filipijnse bemanningsleden op Nederlandse schepen heeft de Inspectie SZW op 21 augustus 2012 onderzoek uitgevoerd in het kader van de naleving van de Wmm. Naar aanleiding van het onderzoek heeft de Inspectie SZW op 27 augustus 2015 een boeterapport opgesteld.

3. Het boeterapport vermeldt dat uit het onderzoek van de Inspectie SZW is gebleken dat de in dit boeterapport vermelde Filipijnse bemanningsleden tewerk waren gesteld als lid van de bemanning en schepelingendiensten verrichtten aan boord van zeven schepen die onder Nederlandse vlag varen, in Nederland geregistreerd zijn en een Nederlandse thuishaven hebben. Dit zijn de schepen [schip A], [schip B], [schip C], [schip D], [schip E], [schip F] en [schip G]. Het onderzoek in de administratie had ten aanzien van het betaalde loon en de betaalde vakantiebijslag betrekking op de periode 1 januari 2012 tot en met 30 juni 2012. Het boeterapport vermeldt dat uit het administratief onderzoek is gebleken dat van de onderzochte Filipijnse bemanningsleden er negen werden onderbetaald hetgeen negen overtredingen van artikel 7, eerste lid, alsook negen overtredingen van artikel 15, eerste lid, van de Wmm oplevert.

4. Op 25 januari 2016 en 30 maart 2016 zijn aanvullende boeterapporten opgesteld. Hierin is onder meer vermeld dat [appellante sub 1] als werkgever en dus als overtreder moet worden aangemerkt.

Besluitvorming staatssecretaris

5. De staatssecretaris heeft bij besluit van 12 mei 2016 aan [appellante sub 1] een boete opgelegd van € 43.800,00 wegens negen overtredingen van artikel 7, eerste lid, en negen overtredingen van artikel 15, eerste lid, van de Wmm. Aan de boeteoplegging heeft de staatssecretaris de voormelde boeterapporten ten grondslag gelegd. De hoogte van de boete heeft de staatssecretaris vastgesteld aan de hand van de Beleidsregels bestuurlijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2010. Van de boete van € 43.800,00 heeft € 37.500,00 betrekking op onderbetaling van het loon van de negen in de boeterapporten vermelde Filipijnse werknemers en € 6.300,00 op onderbetaling van de vakantiebijslag.

6. Voorts heeft de staatssecretaris bij besluit van 12 mei 2016 [appellante sub 1] op straffe van het verbeuren van een dwangsom gelast om binnen twee weken over te gaan tot betaling van het achterstallige loon en achterstallige vakantiebijslag van de negen Filipijnse werknemers. De hoogte van de dwangsom heeft de staatssecretaris aan de hand van de Beleidsregels bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2016 vastgesteld op € 3.375,00 per dag met een maximum van € 40.000,00 per werknemer.

7. In het besluit op bezwaar heeft de staatssecretaris zowel de bestuurlijke boete als de last onder dwangsom gehandhaafd.

De aangevallen uitspraak

8. De rechtbank heeft geoordeeld dat [appellante sub 1] als werkgever van de negen Filipijnse bemanningsleden moet worden aangemerkt. Zij heeft daartoe overwogen dat de staatssecretaris terecht heeft geoordeeld dat sprake is van een dienstbetrekking tussen [appellante sub 1] en de negen Filipijnse bemanningsleden.

9. De rechtbank heeft vervolgens overwogen dat de Wmm alleen van toepassing is indien de werknemers van [appellante sub 1] hun dienstbetrekking in Nederland of binnen de Nederlandse rechtssfeer vervullen. Naar het oordeel van de rechtbank is dat hier het geval. Zij heeft daartoe overwogen dat de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat voor de schepen varende in internationale wateren geldt dat het verrichten van de dienstbetrekking aan boord van het schip dat een thuishaven binnen het Rijk heeft, zal worden beschouwd als het verrichten van de dienstbetrekking binnen het Rijk. De negen Filipijnse bemanningsleden hebben hun werkzaamheden verricht aan boord van zeven in Nederland geregistreerde, onder Nederlandse vlag varende sleepboten van een Nederlandse eigenaar, waarvan zes van de zeven kapiteins in Nederland wonen. Al deze schepen hebben IJmuiden als thuishaven. De bevoorrading van de schepen vond plaats in IJmuiden of Amsterdam. De werkzaamheden werden uitgevoerd voor het kunnen aanmeren in de havens van IJmuiden en/of Amsterdam en de schepen waren geheel volgens planning in Nederland. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de staatssecretaris gelet op dit feitencomplex zich op het standpunt mogen stellen dat er voldoende aanknopingspunten zijn om te oordelen dat de werkzaamheden binnen de Nederlandse rechtssfeer vallen.

10. De rechtbank heeft vervolgens overwogen dat bij voldoende aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer vervolgens getoetst dient te worden of de werknemers te maken hebben gekregen met de Nederlandse welvaartssituatie. Het standpunt van de staatssecretaris dat volstaan kan worden met toetsing aan de Nederlandse rechtssfeer volgt de rechtbank niet. Volgens de rechtbank is de doelstelling van de Wmm om alle in Nederland werkzame werknemers van een minimumloon en een minimumvakantiebijslag te verzekeren, die gezien de algehele welvaartssituatie, als een aanvaardbare tegenprestatie voor hun in dienstbetrekking verrichte arbeid kan worden beschouwd. Vanwege deze doelstelling is de rechtbank van oordeel dat naast de aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer tevens beoordeeld dient te worden of de werknemers te maken hebben gekregen met de Nederlandse welvaartssituatie. De rechtbank heeft er in dit verband op gewezen dat de Hoge Raad in zijn arrest van 30 mei 1980, NJ 1980, 634, heeft geoordeeld dat in verband met deze doelstelling een werknemer die zijn dienstbetrekking vrijwel geheel buiten Nederland vervult en uit dien hoofde bestendig in het buitenland en dus buiten de Nederlandse welvaartssituatie met het daarbij behorende prijsniveau verblijft, niet binnen het Rijk woont en derhalve niet onder de werking van de Wmm valt. In de onderhavige zaak is volgens de rechtbank van belang dat onbetwist is dat de werknemers te maken hebben gekregen met de Nederlandse welvaartssituatie, doordat zij zogeheten walverlof hebben genoten. In het kader van dit walverlof moet er in redelijkheid vanuit worden gegaan dat de werknemers goederen voor de persoonlijke verzorging hebben aangeschaft. Daarmee hebben zij te maken gekregen met de Nederlandse welvaartssituatie en is naar het oordeel van de rechtbank de Wmm op hen van toepassing. Dit geldt evenwel niet voor de vier Filipijnse werknemers op de schepen genaamd [schip C] en [schip D], omdat niet kan worden vastgesteld dat deze werknemers te maken hebben gekregen met de Nederlandse welvaartssituatie, nu niet is komen vast te staan dat zij in Nederland walverlof hebben genoten, aldus de rechtbank.

11. De rechtbank heeft verder overwogen dat de staatssecretaris zich op het standpunt heeft gesteld dat de onderbetaling van de vakantiebijslag van het Filipijns bemanningslid [persoon] minder bedraagt dan € 50,- en dat dit volgens de Beleidsregels bestuurlijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2017 niet beboetbaar is.

12. De rechtbank heeft uiteindelijk het beroep gegrond verklaard, het besluit op bezwaar van 16 mei 2017 vernietigd, omdat de staatssecretaris niet bevoegd was tot het opleggen van een boete voor de vier Filipijnse bemanningsleden die werkzaamheden op de schepen [schip C] en [schip D] hebben verricht, en voor werknemer [persoon] voor wat betreft de vakantiebijslag. De rechtbank heeft de

boete vastgesteld op een bedrag van € 22.300,00 en de hoogte van de dwangsom vastgesteld op € 1.675,00 per dag.

Hoger beroep [appellante sub 1]

13. [appellante sub 1] betoogt dat de rechtbank ten onrechte de Wmm van toepassing heeft geacht. Zij voert hiertoe aan dat de rechtbank bij de uitleg van het begrip thuishaven als bedoeld in artikel 4, vierde lid, van de Wmm een onjuiste materiële toets heeft uitgevoerd. Ter onderbouwing verwijst zij naar een expert opinion van [gemachtigde B]. Volgens [gemachtigde B] heeft de rechtbank in haar uitspraak geen aandacht besteed aan indicaties die erop wijzen dat de schepen waarop de Filipijnse bemanningsleden werkzaam waren hun thuishaven buiten het Rijk hebben. Onder verwijzing naar een adviesrapport van N.J. Polak van 8 oktober 1982, had de rechtbank naar het oordeel van [gemachtigde B] doorslaggevend gewicht moeten toekennen aan het feit dat de bemanningsleden van Filipijnse komaf zijn, dat ze op de Filipijnen wonen en daar worden uitbetaald. Het woonlandbeginsel bepaalt waar een schip zijn thuishaven heeft. [appellante sub 1] voert verder aan dat gelet op het 'lex-certa-beginsel' slechts in evidente gevallen zou mogen worden aangenomen dat een schip in Nederland zijn thuishaven heeft. Nu er in deze zaak zoveel onduidelijkheid over het begrip thuishaven bestaat, en er op niet naleving van de Wmm hoge boetes staan, verdraagt de door de rechtbank gegeven uitleg zich niet met het lex-certa-beginsel. [appellante sub 1] voert verder aan dat de rechtbank heeft miskend dat op de schepen werd voorzien in het levensonderhoud van de bemanningsleden, zodat een confrontatie met de Nederlandse welvaartssituatie niet aan de orde was.

14. [appellante sub 1] betoogt voorts dat, indien de Wmm van toepassing is, de rechtbank haar ten onrechte als overtreder heeft aangemerkt, aangezien zij geen werkgever is. Zij voert ter onderbouwing aan dat er geen dienstbetrekking tussen haar en de Filipijnse bemanningsleden bestond. In dit verband wijst [appellante sub 1] erop dat zij niet uit eigen middelen het loon van de bemanningsleden betaalde. Volgens haar volgt uit de loonadministratie dat zij de verschuldigde loonbedragen ontving van [bedrijf A] dan wel van [bedrijf B], de sleepbootdienst. Zij betaalde deze bedragen door aan de bemanningsleden. Het loon was dan ook een tegenprestatie voor de arbeid die de werknemers bij [bedrijf A] dan wel [bedrijf B] hebben verricht. Dit volgt ook uit de loonstroken waarop de naam van [appellante sub 1] niet terugkomt. Voorts wijst [appellante sub 1] erop dat sprake was van een zogeheten agent/principal-constructie waaruit volgt dat de inlener als werkgever moet worden aangemerkt. In dit verband wijst zij erop dat zij de overeenkomsten met de bemanningsleden namens de inlener heeft gesloten, dat de medische keuringen plaatsvonden in een instituut dat door de inlener was aangewezen, dat de inlener de vluchten naar Nederland betaalde en ook de begeleiding in Nederland verrichtte. Ten slotte wijst [appellante sub 1] erop dat een gezagsrelatie tussen haar en de bemanningsleden ontbrak. Zij was slechts verplicht tot het geven van voorlichting aan de bemanningsleden over de werktijden. Het gezag op de schepen werd door de inlener uitgeoefend, aldus [appellante sub 1]

15. [appellante sub 1] betoogt ook dat de rechtbank bij de bewezenverklaring van de beboetbare feiten een onjuiste toetsingsmaatstaf heeft gebruikt door in overweging 5.5. te overwegen dat in het kader van het walverlof er in redelijkheid van moet worden uitgegaan dat de werknemers goederen voor de persoonlijke verzorging hebben aangeschaft. Volgens haar gaat het erom dat de staatssecretaris moet aantonen dat de werknemers goederen voor de persoonlijke verzorging hebben aangeschaft. Daarin is de staatssecretaris niet geslaagd, omdat hij daarnaar geen onderzoek heeft verricht, aldus [appellante sub 1]

16. [appellante sub 1] betoogt verder dat de rechtbank de hoogte van de boete en de opgelegde dwangsom onjuist heeft vastgesteld. Zij voert hiertoe aan dat ter zitting van de rechtbank is gebleken dat de staatssecretaris zijn besluitvorming op onjuiste berekeningen heeft gebaseerd. De staatssecretaris heeft ten onrechte de herberekeningen zoals neergelegd in het aanvullend

boeterapport van 25 januari 2016 niet verdisconteerd in zijn besluitvorming, aldus [appellante sub 1]

17. [appellante sub 1] betoogt ten slotte dat de rechtbank ten onrechte haar beroep op matiging van de boete wegens overschrijding van de termijn als bedoeld in artikel 5:51, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft verworpen. Zij voert hiertoe aan dat het boeterapport van 25 augustus 2015 dateert en dat de boete pas op 12 mei 2016 is opgelegd. Volgens [appellante sub 1] heeft de rechtbank miskend dat de staatssecretaris in de beleidsregels over de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) een matigingsgrond heeft opgenomen indien de termijn als bedoeld in artikel 5:51, eerste lid, van de Awb is overschreden.

Hoger beroep staatssecretaris

18. De staatssecretaris betoogt dat de rechtbank bij de beoordeling of de Wmm van toepassing is ten onrechte heeft overwogen dat bij voldoende aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer tevens getoetst dient te worden of de werknemers te maken hebben gekregen met de Nederlandse welvaartssituatie. De staatssecretaris voert hiertoe allereerst aan dat toetsing aan de welvaartssituatie in strijd is met de Wmm. Weliswaar is een van de doelstellingen van de Wmm om alle in Nederland werkzame werknemers van een minimumloon en een minimumvakantiebijslag te verzekeren, die gezien de algehele welvaartssituatie, als een aanvaardbare tegenprestatie voor hun in dienstbetrekking verrichte arbeid kan worden beschouwd, maar deze doelstelling is reeds verdisconteerd in de wijze waarop artikel 4 van de Wmm is opgesteld. De staatssecretaris voert voorts aan dat het toetsen aan de welvaartssituatie zich niet verdraagt met een andere doelstelling van de Wmm, te weten het voorkomen van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden en verdringing op de arbeidsmarkt. Zodra werkzaamheden binnen de Nederlandse rechtssfeer vallen, en dus aan de voorwaarden van artikel 4 van de Wmm is voldaan, dient het wettelijke minimumloon en de wettelijke minimumvakantiebijslag te worden betaald. Een andere lezing zou volgens de staatssecretaris namelijk tot gevolg hebben dat buitenlandse werknemers in Nederland werk zouden mogen verrichten beneden het wettelijke minimumloon in het geval de werkgever kost en inwoning verschaft en de werknemers niet toestaat om een terrein (of een schip) te verlaten voor vrijetijdsbesteding en/of recreatieve uitgaven. De staatssecretaris voert verder aan dat de rechtbank voormeld arrest van de Hoge Raad onjuist heeft toegepast, aangezien dat arrest ziet op werknemers die hun dienstbetrekking vrijwel geheel buiten Nederland vervullen, terwijl in deze zaak de rechtbank juist heeft overwogen dat er voldoende aanknopingspunten zijn voor het oordeel dat de werkzaamheden binnen de Nederlandse rechtssfeer vallen. De staatssecretaris voert voorts aan dat het toetsen aan de welvaartssituatie, en in dat verband beoordelen of de werknemers walverlof hebben genoten, in strijd is met de rechtszekerheid. Volgens de staatssecretaris is het gebruik maken van walverlof vaste praktijk in de zeevaart, maar mag een reder het walverlof weigeren. Dit kan tot gevolg hebben dat reders walverlof zullen weigeren om te voorkomen dat werknemers in overeenstemming met de Wmm dienen te worden betaald. Daarbij komt dat discussie kan ontstaan over de vraag of de frequentie en duur van het walverlof en/of het uitgavepatroon van de zeevarende zodanig is dat kan worden geoordeeld dat de zeevarende met de Nederlandse welvaartssituatie te maken heeft. Omdat de rechtszekerheid verlangt dat een voorschrift dat door bestuurlijke sancties wordt gehandhaafd voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar is, verdraagt een welvaartstoets zich hiermee niet. Ten slotte voert de staatssecretaris aan dat de Wmm ook van toepassing is op de werknemers op de schepen [schip C] en [schip D]. Volgens de staatssecretaris heeft de rechtbank ten onrechte van belang geacht dat de Inspectie SZW in een andere zaak het schip [schip D] buiten beschouwing heeft gelaten, omdat dit schip in de onderzoeksperiode vrijwel uitsluitend op zee en buiten Nederland zijn werkzaamheden heeft verricht.

Beoordeling Afdeling

- Is de Wmm van toepassing? -

19. In artikel 4, tweede tot en met het vierde lid, van de Wmm is de territoriale werkingssfeer van de Wmm geregeld. Ingevolge artikel 4, eerste lid, van de Wmm wordt voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde onder werknemer verstaan de natuurlijke persoon, die overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 2 of 3 in dienstbetrekking staat. Ingevolge het vierde lid worden, voor de toepassing van de vorige leden, schepen en luchtvaartuigen, welke binnen het Rijk hun thuishaven hebben, ten opzichte van de werkgever en de bemanning beschouwd als deel van het Rijk.

De Afdeling stelt vast dat het geschil tussen partijen zich toespitst op de vraag hoe het begrip thuishaven als bedoeld in artikel 4, vierde lid, van de Wmm moet worden uitgelegd. Dit begrip is in de Wmm niet nader gedefinieerd en ook in de totstandkomingsgeschiedenis is dit begrip niet toegelicht. De Afdeling is, met partijen, van oordeel dat het begrip thuishaven niet in strikt formele zin moet worden uitgelegd in die zin dat het begrip thuishaven niet gelijk kan worden gesteld met de vlag waaronder het schip vaart dan wel het land waar het schip geregistreerd staat. De vaststelling waar een schip zijn thuishaven heeft, dient aan de hand van een feitelijke beoordeling plaats te vinden waarbij moet worden bezien met welk land het schip de meeste aanknopingspunten heeft, een en ander in onderlinge samenhang bezien. Onder welke vlag een schip vaart en waar de eigenaar van het schip is gevestigd kan een aanknopingspunt zijn, maar is op zichzelf beschouwd niet doorslaggevend. Andere aanknopingspunten kunnen onder meer zijn de haven van waaruit het schip vertrekt en waar het weer binnen komt, de regelmaat waarmee dezelfde haven wordt aangedaan, de plaats waar het schip wordt bevoorrad, de plaats waar het schip wordt geïnspecteerd en gerepareerd, en de plaats waar de bemanningsleden aan boord gaan. Anders dan [appellante sub 1] stelt, komt geen doorslaggevende betekenis toe aan het woonlandbeginsel, omdat dit artikel 4, vierde lid, van de Wmm zinledig zou maken.

20. Het begrip thuishaven is niet opgenomen in de overtreden bepaling, maar bepaalt wel de werkingssfeer van de Wmm. [appellante sub 1] betoogt dat de opgelegde boete in strijd is met het lex certa-beginsel, omdat het begrip thuishaven uitleg vergt. Voor zover het lex certa-beginsel hier van toepassing is, overweegt de Afdeling als volgt. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:109) verlangt het lex certa-beginsel, dat onder meer besloten ligt in artikel 7 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, van de wetgever dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze de verboden gedragingen omschrijft. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande uit het gebruik van algemene termen, verboden gedragingen omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van die omschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, de omschrijvingen van verboden gedragingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van wetgeving schade lijdt.

Het enkele feit dat het begrip thuishaven, dat beslissend is voor de toepasselijkheid van de Wmm, aan de hand van de feiten en omstandigheden uitleg vergt, betekent niet dat de op grond van die bepaling opgelegde bestuurlijke boete in strijd met het lex certa-beginsel is.

21. Indien aan de hand van verschillende aanknopingspunten eenmaal is vastgesteld wat de thuishaven van het schip is, bestaat er, anders dan waarvan de rechtbank is uitgegaan, geen ruimte meer voor een aanvullende toets aan de welvaartssituatie, zoals de staatssecretaris terecht heeft aangevoerd. Het arrest van de Hoge Raad van 30 mei 1980, NJ 1980, 634 ziet op een andere situatie, want het heeft betrekking op het geval waarin een werknemer van een Nederlandse onderneming in het buitenland werkzaam is. Hetgeen partijen over de welvaartssituatie in deze procedure aanvoeren,

in het bijzonder over het walverlof, doet hier dan ook niet ter zake.

22. In deze zaak waren, zoals ter zitting van de Afdeling door [appellante sub 1] is toegelicht, de negen in het onderzoek betrokken Filipijnse bemanningsleden werkzaam op zeven zogeheten havensleepboten. Havensleepboten verrichten sleepdiensten. Dergelijke diensten kunnen ook buiten de haven of in niet Nederlandse wateren worden geleverd. Deze zeven havensleepboten zijn alle in Nederland geregistreerd, varen onder Nederlandse vlag en zijn van een Nederlandse eigenaar. Voorts is niet betwist dat de bevoorrading van de havensleepboten plaatsvond in IJmuiden en dat het regelmatige onderhoud in Rotterdam geschiedt. Verder is niet betwist dat ten tijde van het onderzoek zes van de zeven kapiteins in Nederland woonden, dat de Filipijnse bemanningsleden via luchthaven Schiphol Nederland binnen kwamen en vervolgens in IJmuiden aan boord van de havensleepboten gingen. Voorts verrichtten vijf van de zeven havensleepboten in de onderzochte periode hun werkzaamheden in dan wel in de nabijheid van de haven van IJmuiden.

Gelet op de hiervoor weergegeven aanknopingspunten is de Afdeling met de rechtbank van oordeel dat de zeven havensleepboten hun thuishaven in Nederland hebben. Dit betekent dat de Wmm van toepassing is. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, geldt dit ook voor de havensleepboten [schip C] en [schip D] die in de onderzochte periode weliswaar voor de Engelse kust werden ingezet, maar die gelet op de overige aanknopingspunten ook in Nederland hun thuishaven hebben. De door [appellante sub 1] eerst ter zitting van de Afdeling ingenomen stelling dat de onderzochte periode te kort is om vast te stellen dat Nederland de thuishaven van de zeven havensleepboten is, volgt de Afdeling niet, nu het onderzoek door de Inspectie SZW een periode van een half jaar beslaat.

23. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, faalt het betoog van [appellante sub 1] dat de Wmm niet van toepassing is op de zeven havensleepboten. Het betoog van de staatssecretaris slaagt, nu de rechtbank ten onrechte een welvaartstoets heeft toegepast en ten onrechte heeft geoordeeld dat de Wmm niet van toepassing is op de havensleepboten [schip C] en [schip D].

- Is [appellante sub 1] de werkgever? -

24. Ingevolge artikel 5, eerste lid, van de Wmm wordt, voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde, onder werkgever verstaan de persoon, tot wie een werknemer in dienstbetrekking staat. Ingevolge artikel 2, eerste lid, wordt voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde onder dienstbetrekking verstaan de dienstbetrekking krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Ingevolge artikel 610, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek Boek 7 (hierna: BW) is de arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 8 juni 2011 in zaak nr. 201010354/1/H3) dient gelet op artikel 2, eerste lid, van de Wmm voor de vaststelling dat een dienstbetrekking bestaat aan alle elementen van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht te zijn voldaan. Gelet op artikel 7:610, eerste lid, van het BW dient de staatssecretaris derhalve aan te tonen dat er voor de werknemer een verplichting bestaat om gedurende een zekere tijd arbeid te verrichten, dat zich bij de uitvoering daarvan een gezagsrelatie voordoet en dat er loon wordt ontvangen als tegenprestatie voor de verrichte arbeid.

25. Op grond van de in het dossier aanwezige stukken stelt de Afdeling vast dat [bedrijf B] [bedrijf A] heeft ingeschakeld met het verzoek om haar bemanningsleden te leveren. [bedrijf A] heeft met dit verzoek vervolgens [appellante sub 1] benaderd om Filipijnse bemanningsleden te werven en naar Nederland te sturen. De Afdeling stelt voorts vast dat de bemanningsleden door [appellante sub 1] op de Filipijnen zijn geworven en dat [appellante sub 1] op de Filipijnen overeenkomsten heeft gesloten

met de Filipijnse bemanningsleden. In de overeenkomst is vermeld dat het een "contract of employment" betreft. In de overeenkomst is verder opgenomen wat de arbeidsduur is, hoeveel het salaris en het vakantiegeld bedraagt en op welke havensleepboot het bemanningslid te werk wordt gesteld. De overeenkomst is door de general manager van [appellante sub 1] ondertekend. In de inleenovereenkomst tussen [appellante sub 1] en [bedrijf A] is onder meer opgenomen dat [appellante sub 1] alle reisarrangementen voor de bemanningsleden verzorgt, dat zij de bemanningsleden op de hoogte dient te stellen van de gebruikelijke werktijden van de inlener en dat [appellante sub 1] het loon in Filipijnse dollars aan de door de bemanningsleden aangewezen personen overmaakt.

Uit het vorenstaande blijkt dat [appellante sub 1] bepaalt waar, gedurende welke periode en tegen welke voorwaarden de bemanningsleden te werk worden gesteld en dat zij verantwoordelijk is voor het uitbetalen van het loon aan de bemanningsleden. Er is dan ook sprake van het verrichten van arbeid tegen loon en van een gezagsverhouding tussen [appellante sub 1] en de bemanningsleden. Derhalve bestaat er een dienstbetrekking tussen [appellante sub 1] en de bemanningsleden. Naar het oordeel van de Afdeling fungeerde [appellante sub 1] in de onderzochte periode als een uitzendbureau en stelde zij met tussenkomst van [bedrijf A] Filipijnse bemanningsleden ter beschikking aan cliënten van [bedrijf A].

Dat de bemanningsleden feitelijk werkzaamheden bij de inlener verrichten, maakt niet dat de gezagsverhouding tussen [appellante sub 1] en de bemanningsleden ontbreekt. Uit het feit dat de werkgever [appellante sub 1] de overeenkomst heeft getekend "namens [bedrijf A]" kan niet worden geconcludeerd dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst met [bedrijf A] als werkgever, nu bij de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst [appellante sub 1] degene is die zich heeft gedragen als de werkgever in de uitzendrelatie en [bedrijf A] als de inlener in deze verhouding. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de rechtbank de staatssecretaris terecht in zijn standpunt is gevolgd dat [appellante sub 1] als werkgever moet worden aangemerkt.

Het betoog van [appellante sub 1] faalt.

- toetsingsmaatstaf bewijs -

26. Het betoog van [appellante sub 1], zoals weergegeven in overweging 15, dat de rechtbank bij de bewezenverklaring van de beboetbare feiten een onjuiste toetsingsmaatstaf heeft gebruikt, ziet op overweging 5.5. van de aangevallen uitspraak waarin de rechtbank heeft overwogen dat in het kader van het walverlof er in redelijkheid van moet worden uitgegaan dat de werknemers goederen voor de persoonlijke verzorging hebben aangeschaft. Nu in overweging 21 is geoordeeld dat geen ruimte bestaat voor een aanvullende toets aan de welvaartssituatie en het in zoverre dus niet relevant is of de bemanningsleden walverlof hebben genoten, is de vraag of de rechtbank daarbij een juiste toetsingsmaatstaf heeft gebruikt evenmin relevant. Hetgeen [appellante sub 1] hierover aanvoert, wat daar ook van zij, kan haar dan ook niet baten.

Het betoog faalt.

- berekening hoogte boete en dwangsom -

27. Het betoog van [appellante sub 1] dat de staatssecretaris in zijn besluitvorming de hoogte van de boete en de dwangsom onjuist heeft vastgesteld, omdat de berekeningen zoals neergelegd in het aanvullende boeterapport van 25 januari 2016 tot een andere uitkomst leiden, faalt. Hiertoe

overweegt de Afdeling dat de Inspectie SZW op 30 maart 2016 een aanvullend boeterapport heeft opgesteld waarin zij nieuwe berekeningen heeft gemaakt. In dit aanvullende boeterapport zijn enkele onvolkomenheden uit het aanvullend boeterapport van 25 januari 2016 gecorrigeerd. Deze bedragen komen overeen met de bedragen genoemd in de besluiten van 12 mei 2016. Door [appellante sub 1] is niet gemotiveerd betwist dat de berekeningen in het rapport van 30 maart 2016 onjuist zouden zijn.

- overschrijding termijn -

28. De verwijzing door [appellante sub 1] naar de beleidsregels inzake de Wav kan haar niet baten, reeds omdat die beleidsregels in deze zaak niet aan de orde zijn. Het betoog van [appellante sub 1] dat de rechtbank om die reden ten onrechte haar beroep op matiging van de boete wegens overschrijding van de termijn als bedoeld in artikel 5:51, eerste lid, van de Awb heeft verworpen, faalt derhalve.

Conclusie

29. De conclusie is dat de Wmm van toepassing is op alle zeven havensleepboten, dat de staatssecretaris [appellante sub 1] terecht als werkgever heeft aangemerkt, dat de staatssecretaris haar een boete en een last onder dwangsom heeft mogen opleggen en dat geen grond voor matiging van de opgelegde boete bestaat.

30. Het hoger beroep van [appellante sub 1] is ongegrond. Het hoger beroep van de staatssecretaris is gegrond. De aangevallen uitspraak van de rechtbank dient te worden vernietigd, voor zover de rechtbank de aan [appellante sub 1] opgelegde boete heeft vastgesteld op € 22.300,00, de hoogte van de dwangsom heeft vastgesteld op € 1.675,00 en voor zover is bepaald dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 16 mei 2017. De Afdeling zal zelf in de zaak voorzien door de hoogte van de boete en de last onder dwangsom als volgt vast te stellen. De Afdeling stelt de hoogte van de boete vast op € 43.100,00. Dit is € 700,00 lager dan de oorspronkelijk opgelegde boete aangezien de staatssecretaris ter zitting van de rechtbank heeft erkend dat ten aanzien van werknemer [persoon] ten onrechte een boete is opgelegd wegens onderbetaling van de vakantiebijslag. De Afdeling stelt de hoogte van de dwangsom vast op € 3.275,00 per dag, met een maximum van € 40.000,00 per werknemer. Dit is € 100,00 lager dan de oorspronkelijk opgelegde dwangsom aangezien ten aanzien van werknemer [persoon] ten onrechte een boete is opgelegd wegens onderbetaling van de vakantiebijslag, zodat met betrekking tot hem in zoverre geen dwangsom kan worden opgelegd. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 16 mei 2017. De aangevallen uitspraak dient voor het overige te worden bevestigd.

31. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gegrond;

II. verklaart het hoger beroep van [appellante sub 1] ongegrond;

III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 26 april 2018 in zaak nr. 17/4266, voor

zover de rechtbank de aan [appellante sub 1] opgelegde boete heeft vastgesteld op € 22.300,00, de hoogte van de dwangsom heeft vastgesteld op € 1.675,00 en voor zover is bepaald dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 16 mei 2017;

IV. stelt de boete vast op € 43.100,00 (zegge: drieënveertigduizend honderd euro);

V. stelt de hoogte van de last onder dwangsom vast op € 3.275,00 (zegge: drieduizend tweehonderdvijfenzeventig euro) per dag, met een maximum van € 40.000,00 (zegge: veertigduizend euro) per werknemer;

VI. bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 16 mei 2017;

VII. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige.

Aldus vastgesteld door mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen, voorzitter, en mr. E.J. Daalder en mr. R.W.L. Koopmans, leden, in tegenwoordigheid van mr. Y. Soffner, griffier.

w.g. Scholten-Hinloopen w.g. Soffner
voorzitter griffier

Uitgesproken in het openbaar op 17 april 2019

818.

BIJLAGE

Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

Artikel 2

1. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder dienstbetrekking verstaan de dienstbetrekking krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.

[...]

Artikel 4

1. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder werknemer verstaan de natuurlijke persoon, die in dienstbetrekking staat.

2. Wie zijn dienstbetrekking niet binnen het Rijk vervult, wordt slechts als werknemer beschouwd, indien hij binnen het Rijk woont en zijn werkgever eveneens binnen het Rijk woont of gevestigd is. Voor zover een werkgever binnen het Rijk een vaste inrichting voor de uitoefening van zijn bedrijf of beroep of een binnen het Rijk wonende of gevestigde vaste vertegenwoordiger heeft, wordt hij voor de toepassing van de vorige volzin gelijkgesteld met een binnen het Rijk gevestigde werkgever.

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald, dat personen, die niet binnen het Rijk wonen, ook als werknemer worden beschouwd, voor zover zij hun dienstbetrekking buiten het Rijk vervullen.

4. Voor de toepassing van de vorige leden worden schepen en luchtvaartuigen, welke binnen het Rijk hun thuishaven hebben, ten opzichte van de werkgever en de bemanning beschouwd als deel van het Rijk.

Artikel 5

1. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder werkgever verstaan de persoon, tot wie een werknemer in dienstbetrekking staat.

[...]

Artikel 7

1. De werknemer die de leeftijd van 23 jaar heeft bereikt heeft voor de arbeid door hem in dienstbetrekking verricht, jegens de werkgever recht op een loon ten minste tot het bedrag, bij of krachtens de volgende artikelen onder de benaming minimumloon vastgesteld.

[...]

Artikel 15

1. De werknemer heeft jegens de werkgever recht op een vakantiebijslag ten minste tot een bedrag van 8% van zijn ten laste van de werkgever komende loon, alsmede van de uitkeringen waarop hij tijdens de dienstbetrekking krachtens de Ziektewet, hoofdstuk 3, afdeling 2, paragraaf 1, van de Wet arbeid en zorg en de Werkloosheidswet aanspraak heeft, met dien verstande, dat het bedrag waarmede de som van dit loon en deze uitkeringen het drievoud van het minimumloon overschrijdt buiten beschouwing blijft.

[...]

Artikel 18b

1. Als overtreding wordt aangemerkt:

a. het door een werkgever niet of onvoldoende nakomen van de op hem rustende verplichting tot girale voldoening van het minimumloon, bedoeld in artikel 7 en 7a;

b. het door een werkgever niet of onvoldoende nakomen van de op hem rustende verplichting tot voldoening van de minimumvakantiebijslag, bedoeld in artikel 15.

[...]

Awb

Artikel 5:51

1. Indien van de overtreding een rapport is opgemaakt, beslist het bestuursorgaan omtrent het opleggen van de bestuurlijke boete binnen dertien weken na de dagtekening van het rapport.

[...]

Burgerlijk Wetboek Boek 7

Artikel 610

1. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

2. [...]

Beleidsregels bestuurlijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2010

Artikel 1

1. Indien een werkgever de op hem rustende verplichting, bedoeld in artikel 7 van de wet, niet of onvoldoende nakomt wordt hem per werknemer ten aanzien van wie de overtreding is begaan een boete opgelegd waarvan de hoogte wordt bepaald aan de hand van onderstaande tabel.

Boetebedragen

Duur onderbetaling	≤ 1 maand	> 1 – ≤ 6 maanden	> 6 maanden
% onderbetaling per dag, week, maand			
< 25%	€ 750	€ 1500	€ 3000
25–50%	€ 1500	€ 3000	€ 4500
> 50%	€ 3000	€ 4500	€ 6000

2. Indien een werkgever de op hem rustende verplichting, bedoeld in artikel 15 van de wet, niet of onvoldoende nakomt wordt hem per werknemer ten aanzien van wie de overtreding is begaan een boete opgelegd van € 700,-, met dien verstande dat een boete uitsluitend wordt opgelegd als de betaalde vakantiebijslag minder bedraagt dan 8% van het minimumloon, bedoeld in artikel 7 van de wet.

[...]

Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2016

Artikel 4

1. Indien de werkgever een bestuurlijke boete is opgelegd wegens het niet nakomen van de verplichting, bedoeld in artikel 1, eerste lid, wordt hem tevens een last onder dwangsom opgelegd. De hoogte van de dwangsom wordt bepaald aan de hand van de onderstaande tabel.

Dwangsom per dag

Duur Onderbetaling	≤ 1 maand	>1 – < 3 maanden	3 – < 6 maanden	≥ 6 maanden
< 5%	€ 20	€ 25	€ 50	€ 75
5% – < 10%	€ 25	€ 50	€ 75	€ 100
10% – < 25%	€ 50	€ 75	€ 100	€ 150
25% – < 50%	€ 75	€ 100	€ 150	€ 200
≥ 50%	€ 100	€ 200	€ 300	€ 400

2. Indien de werkgever een bestuurlijke boete is opgelegd wegens het niet nakomen van de verplichting, bedoeld in artikel 1, vierde lid, wordt hem tevens een last onder dwangsom opgelegd. De

hoogte van de dwangsom wordt bepaald aan de hand van de onderstaande tabel.

Dwangsom per dag

Onderbetaling	Dwangsom per dag
< 5%	€ 20
5% – < 10%	€ 25
10% – < 25%	€ 50
25% – < 50%	€ 75
≥ 50%	€ 100

3. [...]

4. Het maximale bedrag dat een werkgever per werknemer aan dwangsom kan verbeuren bedraagt € 40.000,-.